

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DES AVANT-CONTRATS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le jeudi 21 janvier 1909 à 1 heure 1/2

PAR

Étienne LEDUC

LICENCIÉ ÈS LETTRES

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT

Président : M. SALEILLES.

Suffragants : { MM. THALLER, } *professeurs.*
 TISSIER, }

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

Arthur ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1909



THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DES AVANT-CONTRATS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le jeudi 21 janvier 1909, à 1 heure 1/2

PAR

Étienne LEDUC

LICENCIÉ ÈS LETTRES

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT

Président : M. SALEILLES.

Suffragants : { MM. THALLER, } *professeurs.*
 TISSIER, }

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

Arthur ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1909





Digitized by the Internet Archive
in 2026

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux.

- Arndt.** — *Lehrbuch der Pandekten.*
Aubry et Rau. — *Cours de droit civil français*, 5^e édition, t. 4 et 5.
Baudry-Lacantinerie et Barde. — *Traité théorique et pratique de droit civil. Des obligations*, t. 1.
Baudry-Lacantinerie et Saignat. — *Traité théorique et pratique de droit civil. De la vente et de l'échange.*
Baudry-Lacantinerie et Wahl. — *Traité théorique et pratique de droit civil. Du prêt et du dépôt.*
Bechmann. — *Der Kauf*, t. 2.
Beseler. — *Erbverträge*, t. 2, 1.
Brinz. — *Pandekten.*
Dalloz. — *Recueil d'arrêts.*
Demolombe. — *Cours de Code Napoléon*, t. 24.
Gareis. — *Endemanns Handbuch*, t. 2, p. 587 et suiv.
Guillouard. — *Traité de la vente.*
Huber. — *System des schweizerisches Privatrechts.*
Kohler. — *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.*
Laurent. — *Principes du droit civil français*, t. 15, 25, 26.
Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches, 1888, t. 1.
Planiol. — *Traité élémentaire de droit civil*, 2^e édition, t. 2.
Pothier. — *Traité du contrat de vente*, édit. Bugnet.
Regelsberger. — *Endemanns Handbuch*, t. 2.
— *Pandekten*, dans Binding, *Handbuch*, I, 7, 2.
Saleilles. — *Théorie générale de l'obligation*, 2^e édition.
Sirey. — *Recueil général des lois et des arrêts.*
Thöl. — *Handelsrecht*, 5^e édit, t. 2.
Unger. — *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts.*
Windscheid. — *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9^e édition.

Ouvrages spéciaux.

- Adler.** — *Realcontract und Vorvertrag. Ih. Jahrb. f. Dogm.*, t. 31.
Biermann. — *Rechtszwang zum contrahiren. Ih. Jahrb. f. Dogm.*, t. 32.

- Charmont.** — *Examen doctrinal. Jurisprudence civile. Revue critique*, 1899, p. 76.
- Colin.** — *Des fiançailles et des promesses de mariage*. Thèse, Paris, 1887.
- Combescade.** — *Existe-t-il des contrats réels en droit français. Revue critique*, 1903.
- Coviello.** *Contratti preliminari*.
- Defaye.** — *Les promesses unilatérales de vente*. Thèse, Paris, 1907.
- Degenkolb.** — *Der Begriff des Vorvertrages. Arch. f. d. ziv. Praxis*, t. 71, p. 1.
- *Neue Beiträge zur Lehre vom Vorvertrag, ibid.*, p. 52.
- *Vertragsvollziehung als Vertragsreproduction. Arch. f. d. ziv. Praxis*, t. 71.
- Deiter.** — *Der Verpflichtungsvertrag im B.G.B.* Marburg, 1902.
- Demelius.** — *Realcontracte im heutigen Recht. Ih. Jahrb. f. Dogm.*, t. 3.
- Demogue.** — *Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance. Rev. trim.*, 1905.
- *De la nature et des effets des droits éventuels. Rev. trim.*, 1906.
- Faggella.** — *Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica. Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*, t. 3, p. 269.
- Fitting.** — *Der Kauf auf Probe und auf Besicht. Arch. f. d. ziv. Praxis*, t. 46, p. 243.
- *Zur Lehre des Kaufs auf Probe. Zeits. f. d. ges. Hand.*, t. 5, p. 86.
- Fourmann.** — *Das pactum de mutuo dando*. Erlangen, 1896.
- Goldschmidt.** — *Der Kauf auf Probe und auf Besicht. Zeits. f. d. ges. Hand.*, t. 1.
- Gottschalk.** — *Beiträge zur Lehre vom Vorvertrag*. Erlangen, 1895.
- Göppert.** — *Zur Lehre der pacta de contrahendo, Krit. Vierteljahrschrift*, t. 14, p. 400.
- Kellerhof.** — *Das pactum de mutuo dando*. Erlangen, 1896.
- Katz.** — *Zur Lehre des Vorkaufrechts nach dem bürgerlichen Gesetzbuch*. Erlangen, 1898.
- Krahmer.** — *Der Darlehnsbegriff des B.G.B.*, Halle, 1900.
- Kohler.** — *Darlehn und Vorvertrag*.
- Lübbert.** — *Der Kreditvertrag. Ih. Jahrb. f. Dogm.*, t. 52.
- Massin.** — *De l'exécution forcée des obligations de faire et ne pas faire*. Thèse, Paris, 1893.
- Meynial.** — *La déclaration de volonté. Rev. trim.*, 1902.
- Lyon-Caen.** — *Note sous Cass.*, S. 98.1.433.
- P. Meyer.** — *Vertragsvollziehung und Vertragsreproduction. Arch. f. d. ziv. Praxis*, t. 87.

- Ravoire.** — *Les promesses de vente en droit civil et en droit fiscal.* Thèse, Montpellier, 1896.
- Regelsberger.** — *Über den Kreditvertrag. Ih. Jahrb. f. Dom., t. 52.*
- Saieilles.** — *La déclaration de volonté.*
— *De la responsabilité précontractuelle. Rev. trim., 1907.*
- Scherler.** — *Über § 610, B.G.B., Beitrag zur Lehre vom Vorvertrag und der clausula rebus sic stantibus.* Greifswald, 1903.
- Schmitz.** — *Über den Vorvertrag bei Consensualcontracten.* Erlangen, 1895.
- Schlossmann.** — *Über den Vorvertrag. Ih. Jahrb. f. Dogm., t. 45, p. 1.*
— *Über die lex 20 D. de reb. cred. 12, 1. Ih. Jahrb. f. Dogm., t. 44.*
- Storch.** — *Der heutige, insbesondere landrechtliche Darlehnsvertrag und die Bedeutung des l. 20 D. XII, 1.*
- Thon.** — *Die Haftpflicht des Offerenten bei Widerruf seiner Offerte. Arch. f. d. ziv. Praxis, t. 80.*
- Titulesco.** — *Essai sur une théorie générale des droits éventuels.* Thèse, Paris, 1907.
- Unger.** — *Realcontracte im heutigen Rechte. Ih. Jahrb. f. Dogm., t. 8.*
— *Zur Lehre vom Kauf auf Probe oder auf Besicht. zeits. f. d. ges. Hand., t. 3, p. 386.*
— *Kauf auf Probe. Ih. Jahrb. f. Dogm., t. 25, p. 322.*
- Walsmann.** — *Beitrag zur Lehre der Wollensbedingung, Ih. Jahrb. f. Dogm., t. 54, p. 196.*
- R. Worms.** — *De la volonté unilatérale comme source d'obligations.* Thèse, Paris, 1891.
-

INTRODUCTION

Le contrat, accord productif d'obligations de deux individus sur un objet d'intérêt juridique, est un acte complexe, résultat du concours de deux volontés différentes sur un même objet. Ces deux volontés ne sauraient être émises en même temps : l'une précède toujours l'autre, ne fût-ce que d'un instant de pensée, et le contrat est conclu par l'adhésion donnée à la proposition antérieurement faite. Tout contrat s'analyse donc en une offre et une acceptation postérieure.

Mais quand elles ne sont séparées que par un intervalle infime, comme dans le « tope-là » par lequel les paysans concluent leurs marchés, il n'y a pas d'intérêt à les distinguer. Lorsqu'au contraire les volontés des deux parties sont émises à plusieurs heures ou à plusieurs jours d'intervalle, ou en des lieux différents, de nombreuses et difficiles questions se posent quant au temps et au lieu de la conclusion du contrat, aux effets de l'offre émise par l'une des parties avant acceptation de l'autre, à l'efficacité de ces déclarations de volonté tant qu'elles ne sont pas parvenues à celui qu'elles visent.

Le contrat n'est donc pas un acte primitif par lequel un état créateur de droits succède au néant juridique ; c'est le point d'aboutissement de toute une période de formation

qui, déjà dans une certaine mesure, pouvait être créatrice d'obligations pour l'une et l'autre partie.

L'importance de cette phase antecontractuelle apparaît nettement dans les Codes civils les plus récents. C'est par elle que le Code fédéral suisse des obligations et le Code civil allemand abordent l'étude des contrats.

Dans un premier chapitre, intitulé : De la conclusion des contrats, le Code fédéral examine successivement le cas où les parties ne se sont mises d'accord que sur les dispositions essentielles du contrat (art. 2), l'offre de conclusion d'un contrat faite avec délai fixé (art. 3), l'offre faite sans délai préfixe à une personne présente (art. 4), et l'offre faite sans délai préfixe à une personne non présente (art. 5 à 8).

Le Code allemand aboutit à une dissociation complète des deux actes constitutifs du contrat. Sous le titre de déclaration de volonté, il étudie séparément le consentement de chacune des parties, et reconnaît à cette volonté unilatérale une valeur obligatoire (art. 116 à 145) ; ce n'est qu'ensuite, et par une théorie de l'offre (art. 145 à 152), qu'il aborde l'étude du contrat (1).

(1) Dans ce système le contrat synallagmatique cesse d'être un tout ; il n'y a plus en quelque sorte que des contrats unilatéraux juxtaposés. Et cela rappelle dans une certaine mesure le système romain primitif de la stipulation, où, lorsque deux parties convenaient d'échanger un bœuf contre un cheval, elles s'engageaient, l'une à donner son bœuf et l'autre à donner son cheval, par des contrats entièrement distincts. Mais il ne faudrait pas pousser trop loin le rapprochement, puisqu'à Rome ce système venait de l'étroitesse du formalisme empêchant la réunion de deux obligations dans une même forme, tandis que la théo-

Au contraire, dans notre Code civil la théorie de la formation des contrats n'est pas même effleurée ; il semblerait à le lire qu'aucun problème ne puisse se poser tant que les consentements définitifs ne sont pas échangés sur un objet donné.

Cependant, outre les difficultés résultant de la succession de l'offre et de l'acceptation, auxquelles seules nous avons fait allusion jusqu'ici, beaucoup d'autres points délicats justifient une étude minutieuse de la période précontractuelle. Fréquemment l'offre elle-même n'est pas un commencement, mais ne vient qu'après une série d'échanges de vues et de propositions, en sorte que la question se pose de savoir si, avant elle, les parties ne peuvent pas être déjà dans une certaine mesure obligées, et si des dommages-intérêts ne pourraient pas être dus pour faute dans les négociations ou rupture sans motifs.

Et d'autre part, sans que le contrat, auquel doit aboutir toute la phase préparatoire, ait encore été conclu, les parties peuvent avoir déjà franchi le stade des déclarations de volonté unilatérales pour passer un accord contractuel.

Ce sont ces accords contractuels, préparatoires à la conclusion d'un contrat postérieur, ou avant-contrats (1), qui

rie allemande est le point d'aboutissement d'une évolution inverse, et se résume au contraire dans l'abandon de toute forme, même de cette forme dernière, qui consistait à exiger, pour produire l'obligation, que les deux consentements soient donnés simultanément.

(1) Le terme d'avant-contrat, que nous avons adopté, n'est guère usité en France. Mais nous devons écarter le vocable courant de promesse de contrat qui n'indique pas la nature de l'opération conclue et ne dégage pas le caractère obligatoire qui en fait un véritable contrat et

feront l'objet de notre étude. La tâche poursuivie dans ce travail est donc d'écrire un chapitre de la théorie de la formation des contrats.

Au premier abord il semble bizarre que les parties contractantes, au lieu de conclure le contrat même qu'elles ont en vue, passent seulement un contrat préparatoire. Quel peut être le motif du détour employé ?

La pratique nous fait connaître de nombreux cas d'avant-contrats. Nos recueils d'arrêts contiennent de multiples décisions sur les promesses de vente, les promesses de bail, les promesses de prêt, etc., c'est-à-dire sur les contrats préparatoires à la conclusion d'une vente, d'un prêt, d'un bail. Mais, pour justifier notre étude, il ne suffit pas

la distingue des simples négociations préparatoires. Les auteurs allemands ont pour les mêmes motifs abandonné la dénomination de *Vertragsberedung*, conférence sur un contrat à venir, qui avait été d'abord proposée. L'expression de *Vorvertrag*, avant-contrat, que nous leur avons empruntée, fait bien ressortir au contraire et la valeur obligatoire de ce premier contrat et son caractère préparatoire ; nous l'avons préférée pour sa plus grande brièveté à celle tout à fait équivalente de contrat préliminaire, usitée en Italie.

Par contre, pour ce qui est de la dénomination du second contrat dont la conclusion est visée par l'avant-contrat, nous avons rejeté le terme de *Hauptvertrag*, employé en Allemagne, et dont la traduction eût donné contrat principal. Si, en effet, ce second contrat est le but final de l'opération, c'est l'avant-contrat qui en constitue le trait original. Principal le contrat définitif ne l'est pas plus par rapport à l'avant-contrat que l'acceptation par rapport à l'offre ; c'est le second acte d'une opération en deux parties, voilà tout. Nous verrons même que souvent son caractère contractuel est moins accusé que celui de l'avant-contrat et qu'il se réduit à n'être en quelque sorte qu'une phase d'exécution du contrat primitif. C'est pourquoi il nous a paru préférable de l'appeler seulement contrat définitif.

qu'en fait de semblables contrats aient été conclus. Sans doute l'article 1134 de notre Code civil proclame le principe de la liberté des conventions ; il n'est donc pas de *desideratum* qui ne puisse être exprimé dans une modification apportée au type de contrat habituel ; et la tendance de la doctrine comme de la jurisprudence est de laisser de plus en plus de marge à l'appréciation du juge pour assurer jusque dans les moindres détails la réalisation de l'intention des parties.

Mais encore faut-il que les contractants n'aient pas fait usage d'un détour sans but, que la variante du contrat habituel imaginée par eux corresponde à des résultats pratiques. Des parties qui ne sont pas des juristes de profession et qui peuvent contracter en l'absence de toute forme préfixe et de tout individu compétent pour les conseiller sont exposées à de fréquentes erreurs (1). Et si, en définitive, comme les parties l'avaient voulu, le vendeur est tenu de livrer la chose à l'acheteur et l'acheteur de payer le prix au vendeur et cela à l'époque fixée par elles, peu leur importe que le juge ait qualifié leur entente de vente pure et simple, alors qu'elles avaient cru devoir lui donner le nom de promesse de vente.

Sans doute il faudra mettre dans l'application de ces idées une certaine prudence, sous peine de méconnaître l'intention réelle des parties en même temps que les formes juridiques adoptées par elles. Mais la tendance ac-

(1) A ce point de vue les législations formalistes avaient l'avantage de garder les parties de l'emploi d'inutiles détours.

tuelle est bien d'imposer au juge une tâche de plus en plus délicate, en faisant de lui le serviteur de grands principes d'équité, dont parfois les conséquences sont difficiles à déduire, plutôt que de formules mortes (1).

C'était bien déjà de cette prédominance nécessaire de la volonté économique des parties sur leur volonté juridique (2), que s'inspirait l'article 1589 de notre Code civil, en décidant que la promesse synallagmatique de vente devrait être traitée comme une vente pure et simple.

Il nous faudra donc déterminer dans quelles circonstances les contractants passeront un avant-contrat sans qu'il y ait là une superfétation juridique, parce que, par la conclusion pure et simple d'un contrat affecté de telle ou telle modalité, elles n'atteindraient pas aussi bien le résultat cherché. Mais ce n'est guère que comme conclusion, après une étude complète de l'avant-contrat, que cette tâche peut être menée à bien. Ici nous ne pouvons que montrer comment, dans un certain nombre d'hypothèses, la conclusion d'un avant-contrat paraît *a priori* utile ; nous dresserons

(1) « Le droit nouveau aura de plus en plus des questions délicates à soumettre à l'appréciation du juge. Une transformation progressive s'opère dans la fonction du juge civil assez analogue à celle qui s'est déjà réalisée dans la fonction du juge pénal. C'est toute une nouvelle éducation judiciaire à tenter, et pour laquelle il ne suffira plus de bien connaître les textes et leur agencement juridique. » Saleilles, *De la responsabilité précontractuelle*, *Rev. trim.* de 1907, p. 738. M. Saleilles rappelle quelques lignes plus haut la théorie de l'abus de droit, autre exemple de la même tendance.

(2) Les auteurs allemands distinguent de même la *Geschäftsabsicht* et la *Rechtsgeschäftsabsicht*.

ainsi la liste sommaire des cas que nous aurons successivement à examiner.

Il se peut que les parties ne puissent pas conclure aussitôt un contrat définitif ; il se peut qu'elles ne le veulent pas.

a) Elles ne peuvent pas conclure ce contrat parce qu'elles n'ont pas la capacité nécessaire, ou parce qu'il doit être conclu dans une forme donnée. Question de capacité : il y a des contrats interdits à certaines personnes cependant susceptibles d'une manière générale de contracter des obligations ; l'avant-contrat leur sera-t-il interdit comme le contrat définitif (1) ? Question de forme : tous les contrats ne peuvent pas être, même en droit actuel, conclus par le simple consentement ; les contrats réels exigent remise matérielle de l'objet du contrat, les contrats solennels, authenticité de l'acte de conclusion ou emploi de telle ou telle autre forme ; enfin, sans que le contrat soit solennel de sa nature, les parties parfois ne veulent le conclure que dans une forme donnée. L'absence d'un notaire, l'éloignement de l'objet du contrat rendront alors momentanément impossible la conclusion du contrat définitif ; les parties ne pourront passer qu'un avant-contrat purement consensuel, obligeant à la conclusion du contrat réel ou formel visé (2).

b) Elles ne veulent pas conclure ce contrat. L'une d'elles du moins s'y refuse parce qu'elle n'est pas encore

(1) Cf. *infra*, p. 51 à 54.

(2) Cf. *infra*, p. 55 à 63.

décidée à le conclure, même dans l'avenir, faute de savoir s'il présentera jamais pour elle des avantages réels. Tout ce qu'elle veut, c'est, si les circonstances à venir en font ressortir pour elle l'utilité, pouvoir obliger l'autre partie à la conclusion de ce contrat. Ainsi un commerçant veut pouvoir louer le local voisin, si ses affaires prospèrent, ou acheter le terrain voisin si elles prospèrent plus encore, ou s'assurer en vue de ce développement hypothétique les concours financiers nécessaires, mais sans cependant conclure dès maintenant un bail, ni un achat, ni un emprunt fermes quoiqu'à terme, parce que l'extension prévue ne se produira peut-être jamais. Les avant-contrats de cette catégorie sont essentiellement unilatéraux (1) ; ils ont leur raison d'être dans l'intention commune d'assurer à l'une des parties une situation privilégiée, en lui permettant d'exiger dans l'avenir conclusion d'un contrat déterminé, sans cependant l'y jamais obliger et sans lui imposer de risques dans le présent.

Le domaine des avant-contrats paraît donc assez vaste. Cependant, par suite probablement de l'absence dans le Code civil de disposition sur la matière autre que l'article 1589 sur les promesses de vente, la doctrine française fait presque totalement défaut (2).

(1) Cf. *infra*, chap. V, section 1.

(2) En dehors des chapitres consacrés dans tous les traités de droit civil à la promesse de vente, rien n'avait été écrit sur les avant-contrats à notre connaissance, avant les récents articles où M. Demogue,

La doctrine allemande, au contraire, est très abondante, surtout depuis l'article publié par Degenkolb en 1871 sous le titre de : « Le concept d'avant-contrat » (1). La discussion des textes du Digeste tient dans ces travaux une grande place, par suite de la valeur gardée en Allemagne jusqu'au récent Code civil par le droit romain. Mais ces commentaires, intéressants pour nous seulement au point de vue historique, mis de côté, la doctrine allemande manque en général de précision.

Seules présentent un intérêt les classifications qui aboutissent à la constatation de différences pratiques entre les catégories créées : la division des contrats en synallagmatiques et unilatéraux ou en consensuels, réels et solennels se justifie à ce point de vue. Y a-t-il de même des règles spéciales aux avant-contrats pour leur constitution, leurs modes d'exécution, les droits qu'ils confèrent à leurs bénéficiaires ? Leur étude séparée n'aura de raison d'être qu'autant que peut être donnée une réponse affirmative à cette question. Or les auteurs allemands n'y sont pas toujours parvenus, faute d'avoir su fixer à leur concept des limites assez précises.

étudiant les différents droits dont l'existence est suspendue par l'absence d'un des éléments du contrat, examine notamment les droits à la naissance desquels manque le consentement d'une des parties, c'est-à-dire les promesses de contrat. — Cf. Demogue, *Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance*, *Rev. trim.*, 1905, p. 725 et suiv., notamment p. 754 à 763 ; *De la nature et des effets des droits éventuels*, *ibid.*, 1906, p. 731 et suiv.

(1) Degenkolb, *Der Begriff des Vorvertrags*, réédité dans *Arch. f. d. ziv. Praxis*, t. 71, p. 4 et suiv.

Les conclusions de Degenkolb sont singulièrement décourageantes. « L'avant-contrat est un contrat innommé. Nous devons, quant à sa nature juridique, nous en tenir à une notion négative parce que l'individualité d'un contrat ne saurait être déterminée par son seul objet sans tenir compte de sa cause, et que pour l'avant-contrat cette cause peut être infiniment variée (1). » « Il faut mettre en doute l'existence de particularités propres à l'avant-contrat quant à la détermination de son contenu, à sa transmission entre vifs ou par décès, à l'absence de formes en tant que contraste absolu au contrat principal, à la diligence dont peuvent être tenues les parties et aux risques, comme aussi sa nécessité absolue dans le domaine des contrats consensuels (2). » La justification de son travail se réduit en fin de compte à ce que, suivant lui, l'avant-contrat offre parfois aux parties une voie plus sûre pour atteindre le but qu'elles poursuivent et qui pourrait du reste être aussi réalisé par d'autres moyens (3). Était-il vraiment utile de dépenser tant de pénétration et d'ingéniosité dans l'analyse pour aboutir à d'aussi minces résultats, à une notion aussi « négative » de l'avant-contrat ?

Mais l'échec de cette construction d'ensemble n'était pas inévitable. Il tient à ce que Degenkolb a voulu étendre à l'excès la classe des avant-contrats. En la ramenant dans

(1) Degenkolb, *ibid.*, p. 50.

(2) Degenkolb, *Neue Beiträge, zur Lehre vom Vorvertrag Arch. f. d. ziv. Pr.*, t. 71, suite de l'article précédent, p. 88.

(3) Degenkolb, *Neue Beiträge, in fine*, p. 89.

les limites qui lui conviennent, nous tâcherons d'en ser-
rer de plus près la notion.

Notre travail comprendra deux parties.

La première sera une théorie générale de l'avant-
contrat.

La seconde une étude sommaire de ses applications
pratiques les plus intéressantes.

Notre première partie débutera par un chapitre sur les
antécédents de l'avant-contrat en droit romain.

Nous donnerons dans un second chapitre une notion
générale de l'avant-contrat en droit actuel, étudiant son
objet, son contenu, la capacité nécessaire pour le conclure,
les formes auxquelles il peut être soumis.

Un troisième chapitre sera consacré à la distinction de
l'avant-contrat et des simples négociations préparatoires
à un contrat, ou de la convention portant obligation de
conclure un contrat dans une forme donnée.

Nous étudierons dans un quatrième chapitre des effets
de l'avant-contrat, effets avant demande par le bénéficiaire
de conclure le contrat définitif, et effets après cette de-
mande.

Dans un cinquième chapitre nous montrerons quelles
fréquentes applications trouverait l'avant-contrat dans la
matière des contrats réels, et nous serons conduits par là
à discuter si la classification des contrats en consensuels
et réels a gardé sa raison d'être en droit moderne.

Enfin nous dirons quelques mots dans un sixième chapitre du contrat définitif.

Notre deuxième partie traitera en chapitres successifs des fiançailles, des avant-contrats de vente, des avant-contrats de bail, et des avant-contrats de prêt.

PREMIÈRE PARTIE

THÉORIE GÉNÉRALE DE L'AVANT-CONTRAT

CHAPITRE PREMIER

LES « PACTA DE CONTRAHENDO » EN DROIT ROMAIN (1).

En droit romain comme en droit actuel, la conclusion d'un contrat est en principe un acte de la libre volonté des parties. L'impossibilité à Rome de conclure un contrat en dehors de formes données ne doit pas nous le faire oublier. Cependant un certain nombre de textes des compilations justiniennes visent, ou semblent viser, des cas où

(1) Bibliographie : Degenkolb, *Der Begriff des Vorvertrags. Neue Beiträge*, § 3, dans *Arch. f. d. z. Prax.*, t. 71, p. 58. — Schlossmann, *Über den Vorvertrag*, §§ 3, 5, 6, dans *Ih. Jahrb. f. Dogm.*, t. 45, — et *Über die lex 20 D. de reb. cred.*, 12. 1, dans *Ih. Jahrb. f. Dogm.*, t. 44. — Storch, *Der heutige, insbesondere landrechtliche Darlehensvertrag und die Bedeutung der l. 20 D. XII. 1.* — Bechmann, *System des Kaufs nach gemeinem Recht*, t. 2, §§ 187 à 195 pp. 263 et ss.

Il est bon de remarquer que ce nom de *pacta de contrahendo* ne se trouve pas chez les juriconsultes romains. Il a été créé par les commentateurs modernes, surtout allemands.

l'une des parties est obligée à conclure un contrat sur la demande de l'autre.

Sans doute nous ne saurions conclure de l'existence de *pacta de contrahendo* à Rome à l'utilité des avant-contracts en droit moderne. Mais il ne sera pas sans intérêt de montrer que, dès le droit romain, le principe de la liberté des parties contractantes ne s'opposait pas à ce que l'obligation de conclure un contrat existât à un moment donné à la charge de l'une de ces parties.

Cette obligation de contracter peut avoir à Rome trois sources différentes : la loi, un testament, un contrat.

Le premier cas s'éloigne trop du nôtre pour nous retenir longtemps. Qu'il nous suffise de citer comme exemple d'obligation légale de vendre, l'obligation existant dans certaines circonstances à la charge d'un propriétaire de transmettre à un voisin un droit de passage contre paiement (1).

§ 1. — Obligation testamentaire de contracter.

Plusieurs textes nous donnent des exemples d'obligation testamentaire de contracter. Sans doute cette obligation ne provient pas ici d'un avant contrat préalable, passé entre les mêmes parties qui devront conclure le contrat futur. Mais l'héritier n'est obligé que par l'acceptation du testament, c'est-à-dire par un acte de sa volonté libre ; il

(1) Cf. D. 11. 7, *de relig.* f. 12 p. — 8. 6. *quemadm. serv. amitt.*, f. 44, § 1.

est donc dans une situation assez analogue à celle qui résulterait pour lui de la conclusion d'un avant-contrat antérieur.

Le texte le plus intéressant de notre matière est au Digeste.

D. 19. 1. *de a. e. v. f.* § pr. *Paulus III ad Sabinum.*

« Si heres testamento quid vendere damnatus sit et vendiderit, de reliquis, quæ per consequentias emptionis propria sunt, vel ex empto, vel ex testamento agi cum eo poterit. § 1. Sed et si falso existimans se damnatum vendere, vendiderit, dicendum est agi cum eo ex empto non posse, quoniam doli mali exceptione actor summo veri potest. »

« Si l'héritier est grevé par le testament d'un legs *per damnationem* l'obligeant à vendre une chose donnée, et l'a vendue, le légataire pourra agir contre lui en exécution des autres choses auxquelles il a droit comme suite de la vente, soit par l'action *ex empto*, soit par l'action *ex testamento*.

« Mais s'il a vendu parce qu'il croyait à tort être grevé d'une obligation de vendre, le légataire ne saurait intenter contre lui l'action *ex empto* sous peine d'être repoussé par une exception de dol. »

Ce texte semble viser très nettement une obligation de conclure un contrat de vente résultant d'un testament. Cependant Schlossmann l'a nié (1). Suivant lui il s'agit

(1) Schlossmann, *Über den Vorvertrag*. *Ih. Jahrb. f. Dogm.*, t. 45, p. 22 et suiv.

là non d'une obligation de vendre, mais d'une obligation de procurer la chose au légataire contre argent, sans égard aux moyens juridiques par lesquels les parties atteindront leur but. En effet, ni dans ce texte, ni dans les autres sur la matière (1), il n'est question de promesse d'action en vue de la conclusion d'un contrat ; mais tantôt le jurisconsulte dit que l'obligé a vendu ou a loué conformément au testament, mais volontairement, tantôt il ne spécifie rien quant aux voies à employer. Les termes *emere* et *vendere* n'impliquent pas forcément la conclusion d'une vente consensuelle. Il se peut que les parties aient effectivement passé un contrat de vente ; mais ce contrat ne sera de la part de l'héritier que la reconnaissance de l'obligation dérivant pour lui du testament, et pour le légataire que l'acceptation dudit testament avec promesse de payer le prix fixé pour la chose.

Schlossmann estime que le paragraphe 1^{er} de notre texte corrobore sa démonstration. Il y est dit en effet que, si l'héritier s'est trompé en croyant être obligé à vendre par le testament, il ne saurait être poursuivi par l'action *ex empto* ; or c'est là une disposition absolument déroga-toire aux règles de la vente consensuelle ; jamais une vente ne saurait être attaquée pour erreur dans les motifs.

Enfin notre texte, qui vise un cas où en fait une vente consensuelle a été conclue, nous apprend que le gratifié conserve encore à côté de l'action *ex testamento* l'action

(1) Schlossmann cite notamment D. 46.8, *rat. rem. hab.*, f^o 44, et 30, *de leg.*, 1, f. 49, § 8.

ex empto. Or si l'objet du legs, au lieu d'être la dation d'un objet contre argent, était la conclusion d'un contrat de vente, aussitôt ce contrat conclu le testament serait entièrement exécuté et par suite le gratifié n'aurait plus le droit d'intenter l'action *ex testamento*.

Notre texte ne prouverait donc pas qu'un testament pût fonder l'obligation de conclure un contrat de vente, et nous ne saurions l'invoquer à titre de présomption pour l'existence d'avant-contrats à Rome.

Le premier argument de Schlossmann est difficile à saisir. Selon lui le testament obligerait à procéder à une opération réelle et non à conclure une vente consensuelle. Mais quelle sera la différence, puisque la vente était en droit romain conclue par le simple échange des consentements? Cette distinction de la vente consensuelle et de la remise d'un objet contre argent par l'une des parties à l'autre, évoque involontairement le souvenir d'un célèbre *distinguo* de M. Jourdain.

Son second argument est plus embarrassant. Normalement le vendeur ne saurait invoquer d'exception de dol pour erreur dans les motifs; pourquoi l'héritier bénéficie-t-il de cette exception, s'il y a ici vente consensuelle? C'est probablement une conséquence de ce que le vendeur croyait faussement être grevé d'une obligation de vendre. Dans une vente habituelle l'erreur consisterait dans une illusion sur l'intérêt que présente la chose pour l'acheteur, ou les emplois qu'il en peut faire; elle serait toute subjective. Ici son importance est singulièrement accrue;

ce n'est pas par un acte de sa volonté, — interprétant mal ses intérêts, — mais libre, que le vendeur a contracté ; il a cru ne pouvoir se soustraire à l'exécution d'une obligation antérieure. D'où le droit pour lui, si cette obligation n'existait pas, d'invoquer l'exception de dol.

Quant à la survivance de l'action *ex testamento* à côté de l'action *ex empto*, elle implique bien effet que la conclusion de la vente ne satisfait pas entièrement aux obligations résultant du testament ; elle n'est dans l'esprit du testateur qu'un moyen d'arriver à ses fins, c'est-à-dire à l'appropriation de la chose par le légataire contre paiement à l'héritier. Le testament vise donc probablement exécution et non pas seulement conclusion de la vente ; la coexistence des deux actions serait inexplicable autrement. Mais il doit imposer d'abord conclusion de cette vente ; car si les parties peuvent intenter l'action *ex empto*, c'est qu'elles ont passé une vente consensuelle ; or pourquoi recourraient-elles à ce détour inutile, s'il ne leur était pas imposé par le testament ?

Un autre texte nous conduit aux mêmes solutions (1). D.46.3., *de accept.* f.44. *Marcianus 2 regularum.* « In numerationibus aliquando evenit ut una numeratione duæ obligationes tollantur uno momento... Tantumdem est et si damnatus fuerit alieni vendere, vel locare. Nam vendendo vel locando et liberatur ex testamento heres et obligat sibi legatarius. »

(1) Cf. d'autres exemples d'obligation testamentaire de vendre D. 32, *de leg.*, III, f. 44, § 9, f. 30, § 3, D. 30, *de leg.*, I, f. 49, § 8, f. 66, D. 35.2, *ad leg. Falc.*, f. 87.

« Il arrive parfois dans les paiements que par un seul et même paiement deux effets obligatoires soient produits en même temps... Il en est de même si quelqu'un est obligé par un legs per damnationem à vendre ou à louer à un tiers. En effet, lors de la conclusion du contrat de vente ou de louage, d'une part l'héritier est libéré de l'obligation provenant du testament à sa charge, et de l'autre le légataire contracte vis-à-vis de l'héritier une obligation. »

Il subsiste encore, après conclusion du contrat, une obligation à la charge de l'héritier ; le membre de phrase « *nam vendendo vel locando liberatur ex testamento heres* » ne doit pas nous faire illusion. Marcien citait, dans la partie du fragment que nous n'avons pas reproduite, le cas d'un legs de quasi-usufruit, et déclarait que par l'opération unique du paiement, l'héritier était affranchi de l'action *ex testamento* et le légataire obligé envers lui ; or il n'en peut être ainsi qu'après une remise d'argent remplissant tous les droits du légataire. Nous pouvons en conclure par analogie qu'il s'agit ici d'une vente remplissant tous les droits du légataire, c'est-à-dire réellement exécutée. La fin de la phrase le prouve : si la chose vendue n'avait pas été remise, le double résultat de la vente serait de mettre fin à l'obligation résultant pour l'héritier du testament, et de créer à sa charge une obligation de livraison ; or ce double résultat, c'est, d'après Marcien, de libérer l'héritier et de créer à son profit une obligation de payer le prix incombant au légataire.

L'obligation testamentaire de contracter, telle qu'elle

nous apparaît dans les textes romains (1), impose donc non seulement de conclure, mais d'exécuter le contrat prévu. En cela elle se révèle plus étendue que l'obligation résultant d'un avant-contrat qui, tant en droit romain qu'en droit moderne, se trouve éteinte par la seule conclusion du contrat prévu.

§ 2. — Obligation contractuelle de contracter.

Les textes nous en donnent des exemples et pour le prêt, et pour la vente.

Un obstacle cependant contrariait la conclusion de *pacta de vendendo*. Le principe *ex pacto actio non nascitur* est resté en vigueur jusqu'à la fin du droit romain, malgré les atteintes qui lui furent successivement portées. Or la reconnaissance de la vente comme contrat consensuel n'implique pas validité des contrats obligeant à la conclusion d'une vente ; en tant que *nudum pactum*, le *pactum de vendendo* aurait donc été sans force.

Mais rien n'empêchait de l'enchâsser dans les formes de la *stipulatio*. Les textes cependant ne nous fournissent pas d'exemple de cette combinaison, peut-être parce que les Romains ont répugné à cette obligation unilatérale de passer un contrat synallagmatique, peut-être aussi parce qu'un emploi ingénieux de la vente conditionnelle et de la vente à l'essai suffisait aux nécessités de la pratique.

(1) Pour l'obligation testamentaire de conclure un prêt, cf. D. 30, de *leg.*, I, f. 108, § 15.

Du reste il n'y a rien là qui doive nous surprendre outre mesure ; en droit moderne encore, dans la très grande majorité des cas, l'avant-contrat se présente comme convention accessoire à un autre contrat. Or les sources nous fournissent plusieurs exemples de *pactum de vendendo* adjoit à un autre contrat, et lui empruntant sa force obligatoire.

C'est un pacte inclus dans une vente entre époux, par lequel la femme s'engage, en cas de rupture du mariage, à revendre pour le même prix l'immeuble à son mari s'il le désire (1) ; c'est encore une vente d'immeuble avec pacte de rachat au profit du vendeur ou de ses héritiers (2), ou un pacte de préférence inclus dans une vente (3), ou enfin un pacte d'indivision, avec pacte de préférence au profit des autres co-indivisaires au cas où l'un d'eux voudrait vendre sa part (4). Tous ces avant-contrats sont sanctionnés, qui par une action *in factum*, qui par une clause pénale insérée dans le contrat primitif, la plupart du temps par une action *ex vendito* (5).

A la différence du *pactum de vendendo*, le *pactum de mutuando* est étudié dans les textes à l'état de convention principale. D. 45.1, *de verb. oblig.*, f. 68, *Paulus II, ad*

(1) D. 19.5, *de præscr. verb.*, f. 12.

(2) C. 4.54, f. 2.

(3) D. 19.1, *de act. e. v.*, f. 21, § 5, — 18.1, *de contr. empt.*, f. 75.

(4) D. 45.1, *de verb. oblig.*, f. 122, § 3.

(5) Une action *in factum* pour le texte cité à la note 1, une clause pénale au cas du texte cité à la note 4 ; dans les autres cas une action *ex vendito*.

edictum. « Si pœnam stipulatus fuero, si mihi pecuniam non credidisses, certa est et utilis stipulatio. Quod si ita stipulatus fuero : pecuniam te mihi crediturum spondes ? incerta est stipulatio, quia id venit in stipulationem quod mea interest. »

« Si une stipulation de peine a été convenue pour le cas où un prêt ne serait pas effectué, il y a là une stipulation certaine et utile. Si au contraire la stipulation est ainsi conçue : promets-tu de me prêter une somme d'argent ? la stipulation est incertaine parce qu'elle vise l'intérêt du stipulant à l'exécution du fait promis. »

La promesse de prêt n'est pas un contrat réel, et elle ne rentre dans aucun des types de contrat consensuel prévus par la loi. Aussi n'est-elle obligatoire ici que parce qu'incluse dans une stipulation.

Le jurisconsulte oppose deux cas différents : Lorsqu'une clause pénale est adjointe au contrat, il y a stipulation certaine, parce qu'en cas d'inexécution de la promesse de prêt, les dommages-intérêts sont déjà fixés et pourront par conséquent être réclamés par une *condictio certæ pecuniæ*. Faute de liquidation conventionnelle des dommages-intérêts, au contraire, il y a stipulation incertaine ; sans doute le débiteur, s'il refuse d'effectuer le prêt, ne pourra y être contraint ; mais toute obligation de faire en droit romain aboutit en cas d'inexécution à une condamnation au *id quod interest*. C'était donc bien le prêt à intervenir qui était l'objet de l'obligation et nous sommes

proprement dans notre hypothèse de *pactum de mutuando* (1).

Quelque nettement qu'apparaisse ici l'avant-contrat de prêt, certains auteurs ont nié, qu'étant donné la nature réelle du prêt, un *pactum de mutuando* pût avoir force obligatoire (2). Ils s'appuient principalement sur un texte qui nous montre une promesse de prêt, comme convention accessoire à une donation.

D. 12. 1. *de reb. cred.*, f. 20. *Julianus* XVIII, *Digestorum* : « Si tibi pecuniam donassem ut tu mihi eandem crederes, an credita fuerit ? Dixi in hujusmodi propositionibus non propriis verbis nos uti ; nam talem contractum neque donationem esse, neque pecuniam creditam : donationem non esse quia non ea mente pecunia daretur, ut omni modo penes accipientem maneret ; creditam non esse, quia exsolvendi magis causa daretur quam alterius obligandi. Igitur si is qui pecuniam hac conditione accipit ut mihi in creditum daret, acceptam dederit, non fore creditam ; magis enim meum accepisse intellegi debeo. Sed hæc intelligenda sunt propter subtilitatem verborum ; benignius tamen est utrumque valere. »

« Question posée : si je t'avais donné une somme d'ar-

(1) Un autre exemple d'obligation contractuelle de conclure un contrat de prêt se trouve au Digeste, 12, 1, *de reb. cred.*, f. 30.

(2) En ce sens : Storch, *Der heutige, insbesondere landrechtliche Darlehensvertrag und die Bedeutung der*, I. 20, D. XII, 1. — Contra : Degenkolb, *Der Begriff des Vorvertrags, neue Beiträge*, dans *A.f.d. ziv. Pr.*, t. 71, p. 59

gent avec cette clause que tu me la remettrais en prêt, y aurait-il prêt ? Réponse du jurisconsulte : dans des conventions de ce genre nous employons des termes impropres ; un tel contrat n'est en effet ni une donation, ni un prêt ; ce n'est pas une donation, puisque l'argent n'a pas été donné pour rester de toutes manières entre les mains du donataire, et ce n'est pas un prêt, puisqu'il a été remis plutôt pour acquitter une dette que pour rendre l'autre partie débitrice. Si donc celui qui a reçu l'argent, sous condition de le remettre en prêt, l'a remis, il n'y a pas eu prêt ; il est plus exact en effet de dire que j'ai reçu mon dû. Mais c'est par des subtilités de mots que nous arrivons à ces conclusions, et il serait préférable de considérer comme valables l'un et l'autre contrats. »

Voici la conclusion qu'on voudrait tirer de ce texte, abstraction faite de la dernière phrase : Julien nous dit nettement qu'il n'y a pas prêt parce que l'argent a été remis plutôt pour acquitter la charge assumée dans la donation préalable que pour faire naître une dette de restitution à la charge de l'autre partie. C'est donc que la nature réelle du prêt implique que la remise des deniers a lieu *alterius obligandi causa* et qu'il ne saurait y avoir d'obligation préalable d'opérer cette remise.

Mais la dernière phrase semble critiquer cette vue comme superficielle. En réalité la somme prêtée doit revenir dans le patrimoine du donataire ; la donation aura donc dans l'avenir tous ses effets ; et quant au prêt, il doit être validé, quoiqu'ayant été d'avance stipulé contractuellement.

Il en serait ainsi si cette phrase pouvait être attribuée à Julien ; mais, nous dit-on, elle est interpolée. Ceci n'est pas contestable et nous allons nous efforcer de le démontrer. Mais il ne s'en suit pas que notre texte démontre l'impossibilité de l'avant-contrat de prêt ; il se rapporte à une tout autre hypothèse et c'est à tort qu'on l'a fait intervenir dans notre discussion (1).

Julien, dans le livre 18 de ses *Digesta*, d'où notre texte est extrait, s'occupe de la restitution de la dot après dissolution du mariage, après avoir dans son livre 17 étudié les donations entre époux. Voici donc selon toute probabilité l'hypothèse. D'après la loi Cincia les donations entre époux étaient nulles ; mais cette loi étant une *lex imperfecta*, sa sanction consistait seulement dans une *exceptio legis Cinciæ*, donnée par le préteur pour repousser l'action en exécution ; par suite la simple promesse de donation était sans efficacité. Or dans le cas de notre texte, il y a précisément simulation pour masquer une promesse de donation. Si la donation et le prêt avaient été réellement effectués, le résultat eût été de ne transférer à la femme donataire qu'une promesse de restitution des deniers prêtés, promesse non obligatoire puisque non exécutée ; le fait que la promesse de donation est déguisée sous la promesse de restitution d'un prêt non remis en réalité, — ou même effectivement remis, — ne saurait empêcher la nullité. Telle est la solution que donne Julien à propos de

(1) Cf. la démonstration de Schlossmann : *Ueber die lex 20 D. de reb. cred.* 12, 1, dans *I. Jahrb. f. Dogm.*, t. 44, p. 377 et suiv.

règlements de comptes consécutifs à la dissolution d'un mariage.

Quant à l'interpolation de la dernière phrase, elle résulte :

1° De l'emploi du mot *utrumque* indiquant qu'il y a là deux opérations distinctes, un prêt et une donation, alors que Julien dit très nettement plus haut qu'il n'y a qu'un contrat, *talem contractum* ;

2° De ce qu'annuler cette opération n'est pas donner trop de place aux subtilités verbales. La nullité est basée sur la nature vraie de l'affaire et non sur les dénominations adoptées par les parties, qui ont voulu justement masquer sa nullité en la scindant en deux opérations apparentes ; c'est si l'on validait ces deux opérations, en s'attachant au sens littéral des mots employés par les parties qu'il pourrait être question de subtilités verbales.

3° De ce qu'il est impossible que Julien ait trouvé préférable, *benignius*, de valider l'opération des parties, puisque de son temps la loi Cincia était en pleine vigueur ; il ne saurait donc permettre l'emploi de moyens propres à la tourner. Au contraire, au temps de Justinien, d'une part, elle était tombée en désuétude ; et de l'autre la convention de donation avait été validée comme pacte légitime. Les compilateurs devaient donc nécessairement corriger l'opinion de Julien et valider cette promesse de donation entre époux.

Il est probable qu'un autre texte visant une promesse de prêt comme convention accessoire à une promesse de do-

nation (D. 39.5, *de donat.*, f. 33, § 1) se réfère à une hypothèse du même genre. Or il admet bien la validité de la donation sous condition de prêt au donateur, mais il est d'Hermogénien et, dès le temps de ce jurisconsulte, la promesse de donation était parfaitement valable ; ce qui suffit à expliquer comment Julien et Hermogénien ont tranché en sens contraire cette même question.

L'existence d'avant-contrats à Rome découle donc sans contredit des textes précités. Les Romains ont connu l'obligation d'effectuer une vente ou un prêt comme conséquence d'un testament ; ils ont connu le *pactum de vendendo* comme convention accessoire, le *pactum de mutuando* comme convention principale incluse dans une stipulation et comme convention accessoire.

L'avant-contrat n'est donc pas une création de la pratique ou de la doctrine juridique modernes ; il a de lointains ancêtres dans le droit romain, gêné pourtant par son formalisme pour diversifier à l'infini les clauses du contrat suivant les moindres nuances de la volonté individuelle.

CHAPITRE II

L'AVANT-CONTRAT EN DROIT ACTUEL.

NOTION GÉNÉRALE.

§ 1. — Son objet. — Nature du droit qui en résulte.

L'avant-contrat, par définition même, est le contrat qui tend à la conclusion d'un contrat futur : il a donc pour objet une obligation de faire.

Les auteurs ne sont pas d'accord quant à son mode d'exécution au cas de refus du débiteur ; certains d'entre eux voudraient qu'il ne donnât naissance qu'à une action en dommages-intérêts et non à une action en exécution effective (1). Mais cette résolution en dommages-intérêts, qui existe en principe pour toutes les obligations de faire (art. 1142), importe peu pour la détermination de l'objet du contrat. Le peintre qui s'engage à exécuter un portrait ne sera passible sur son refus de l'achever que de dommages-intérêts ; l'objet de son contrat n'en est pas moins le tableau à peindre. De même ici. Le débiteur ne remplirait donc pas son obligation en offrant à la place de la conclusion du contrat une indemnité (2).

(1) Nous reviendrons sur ce sujet, chap. IV, sect. 2, § 4.

(2) Il n'en était pas de même en droit romain où était *in obligatione* pour toute obligation de faire l'intérêt du créancier à l'exécution de cette obligation et non cette exécution elle-même.

Du reste il ne faudrait pas confondre l'objet de l'avant-contrat avec le but final visé par les parties. La conclusion du contrat définitif n'est pas une fin en soi ; c'est son exécution qui intéresse les parties ; c'est pour se ménager la possibilité de l'exiger que le stipulant de l'avant-contrat a conclu ce dernier. Mais cette exécution n'est pas objet de l'avant-contrat, les obligations qui en résultent seront entièrement remplies lorsque le contrat définitif aura été conclu, et dans l'exécution de ce dernier il ne sera plus question de l'avant-contrat (1).

L'avant-contrat a donc bien un caractère essentiellement préparatoire d'un contrat futur ; il n'a pas sa raison d'être en lui-même ; c'est un des différents modes possibles de formation des contrats. C'est au chapitre de la conclusion des contrats que se trouve sa place dans la théorie des obligations.

Certains auteurs allemands ont cependant soutenu qu'étant un contrat il devait être étudié en lui-même et non par rapport au contrat qu'il prépare. C'est, dit Degenkolb (2), un contrat aussi complet et indépendant que tout autre. L'avant-contrat n'est pas une étape dans la conclusion du contrat, dit Göppert (3) ; il est le but immé-

(1) Il n'en est probablement pas de même en droit romain. Cf. chap. I l'exposé des difficultés que provoque pour l'obligation testamentaire de conclure une vente le maintien après conclusion de cette vente de l'action *ex testamento* à côté de l'action *ex empto* pour obtenir l'exécution des obligations incombant à l'acheteur.

(2) Degenkolb, *Der Begriff des Vorvertrags*, p. 51.

(3) Göppert, *Zur Lehre von den pacta de contrahendo*, § 1, *Krit. Vierteljahrsschrift*, t. 14, p. 402.

diat et indépendant des contractants ; celui qui se fait promettre un prêt par un *pactum de mutuando*, ne vise que cette promesse et non pas la remise de l'argent dont jusqu'ici il n'a pas besoin. En faisant de l'avant-contrat un stade de la formation du contrat définitif, on risque de le confondre avec les simples négociations non obligatoires ; on provoque les difficultés qui se sont amoncélées autour du concept de la punctuation et qui ont amené à élever presque au rang de contrat de simples projets. Ce serait donc dans le chapitre de l'objet des contrats ou à propos des différentes espèces de prestations obligatoires que devrait être exposée la théorie de l'avant-contrat.

L'idée juste de ce système c'est la distinction nette des deux contrats, — avant-contrat et contrat définitif, — et de l'objet de chacun d'eux, l'avant-contrat ne pouvant viser que la conclusion d'un autre contrat, le contrat définitif au contraire n'importe quelle espèce de prestation. Mais justement cette uniformité de but dans l'avant-contrat, la préparation de la conclusion d'un contrat productif d'obligations, montre son rôle subordonné, son importance purement provisoire.

Quelle est la nature du droit qui résulte de cette obligation de faire, objet de l'avant-contrat ? Y a-t-il droit réel, droit personnel ordinaire, droit conditionnel ou un droit de nature spéciale et d'efficacité inférieure à ceux que nous venons d'énumérer ?

L'idée de droit conditionnel est celle qui se présente la première à l'esprit. Si en effet le contrat définitif n'a pas

été aussitôt conclu, c'est qu'il y manque le consentement du créancier de l'avant-contrat. Celui-ci n'a donc pas de droit actuel, mais seulement un droit problématique pour le cas où il se décidera à passer le contrat définitif. Or il en est exactement de même du créancier sous condition suspensive ; quoi qu'on en ait dit parfois abusivement, il n'a pas encore de droit ; il en acquerra un si la condition se réalise. En ce cas, comme au cas où le créancier de l'avant-contrat se décide à conclure le contrat définitif, à une période d'attente et d'incertitude succède un droit né et actuel. L'avant-contrat réunit toutes les exigences du contrat définitif, objet, capacité des parties, sauf une : le consentement de l'une des parties. Par le seul fait de la dation de ce consentement tous les éléments constitutifs du contrat seront réunis ; ce contrat existe donc déjà sous une condition purement volontaire de la part de l'un des contractants.

La loi reconnaît, dit-on, cette catégorie de conditions. Ce sont les conditions potestatives définies par l'article 1170. Or l'article 1174 annule les obligations sous condition potestative de la part du débiteur, parce qu'une telle réserve détruirait tout lien de droit et enlèverait tout caractère positif à l'engagement pris ; mais il reconnaît *a contrario* la validité des obligations sous condition potestative de la part du créancier. Il en résulte que le contrat synallagmatique sous condition potestative de la part d'une des parties sera valable. S'obliger au cas où on le voudrait soi-même, c'est ne rien dire du tout ; mais le

contrat par lequel X donne à bail à Y un local pour 10.000 francs, si Y le veut, constitue un engagement très sérieux.

En réalité la théorie des conditions potestatives est fort mal construite dans le code. Le code et à sa suite la plupart des commentateurs ont étendu l'idée de condition à un grand nombre de cas où elle ne devait pas intervenir parce qu'il n'y a pas encore de droit formé (1). Ainsi on qualifie volontiers de vente conditionnelle la vente d'une chose future. Peut-on raisonnablement parler de condition, lorsque la question en suspens est celle de l'existence même de la chose qui sera l'objet du droit ? Jusqu'à ce que cette chose existe, aucun droit ne peut venir la frapper. Il en est de même chaque fois que manque au contrat un de ses éléments essentiels ; cet élément ne saurait être envisagé comme une condition. La condition ne peut se comprendre que comme quelque chose d'externe à l'obligation, fonctionnant comme le coup de pouce qui mettra en action les rouages déjà ajustés du contrat.

Tel paraît bien, à lire l'article 1168, avoir été l'idée des rédacteurs du Code civil : « L'obligation est conditionnelle lorsqu'on la fait dépendre d'un événement futur et incertain. » Et l'article 1170 reprend la même formule : « La condition potestative est celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes

(1) Cf. Demogue, *art. cit. R. Trim.* 1905, p. 127.

de faire arriver ou d'empêcher. » Le consentement, élément essentiel de l'obligation, ne saurait être envisagé comme une condition aux termes des articles 1168 à 1170.

Mais tel étant le sens du mot condition, la prohibition des conditions potestatives par l'article 1174 ne s'explique plus. Pourquoi le fait qu'un acte dépendant de la volonté de l'obligé a été opposé comme condition à sa naissance, rendrait-il nul une obligation ? C'était là une obligation sérieuse, puisque, pour ne pas produire l'effet conditionnel, l'obligé devra renoncer à accomplir l'acte qui lui donnerait naissance.

En réalité le code dans son article 1174 suit la théorie de Pothier, qui distinguait les conditions simplement potestatives des conditions purement potestatives, pour ne prohiber que les dernières. Seraient donc seules nulles, les obligations sous une condition purement potestative de la part du débiteur, c'est-à-dire celles dont la naissance dépend, non d'un acte à accomplir par lui, mais de sa pure volonté. Le code a abandonné ici la terminologie des articles 1168 et 1170 ; la volonté de l'obligé n'est pas un événement futur dont les parties ont fait dépendre l'obligation. Les obligations dont l'article 1174 a proclamé la nullité sont des obligations qui ne sont pas nées ; c'est contre un fantôme qu'il légifère ; il aurait fallu parler d'inexistence.

Mais cette distinction des conditions simplement potestatives et des conditions purement potestatives a été interprétée de telle sorte qu'aucun cas pratique ne rentre plus

dans la catégorie des conditions purement potestatives, qu'on considère comme obligations sous condition simplement potestative, et par conséquent comme valables, des obligations qui en réalité ne sont pas encore parvenues à l'existence. Au cas que nous étudions, c'est-à-dire au cas où l'une des parties s'oblige à conclure un contrat de contenu donné sur la demande de l'autre, l'obligation du stipulant serait une obligation sous condition simplement potestative, parce que le prix est fixé, et que par suite l'acheteur ne se déterminera pas arbitrairement, mais en considération de ce prix (1). Ce serait nier qu'il pût jamais y avoir des cas rentrant dans l'hypothèse de l'article 1174. Si le code a seulement voulu prohiber la volonté agissant librement, uniquement influencée par l'état psychique général de l'agent, il était inutile d'écrire l'article 1174. Une pareille volonté ne se rencontre jamais ; une décision est toujours motivée ; le motif déterminant dans un contrat synallagmatique, ce sera toujours la prestation de l'autre partie. La réserve « je conclurai, si je le veux » signifiera : « je conclurai, si à mon point de vue subjectif la chose que m'offre mon co-contractant me paraît valoir le prix que je devrai lui payer ».

C'est faute d'avoir dégagé la notion d'avant-contrat, que la théorie des conditions potestatives, dans le Code civil et

(1) La condition purement potestative deviendrait donc simplement potestative par le seul fait de son inclusion dans un contrat synallagmatique.

chez les commentateurs qui l'ont suivi, apparaît si peu satisfaisante.

Sous la dénomination commune de conditions potestatives, on a voulu faire rentrer deux séries de cas bien distincts :

1° Ceux où le contrat définitif est déjà conclu, mais où son entrée en vigueur dépend d'un acte à accomplir par les parties : Me promets-tu telle somme, si tu fais un voyage à Marseille ? *Spondesne si in Capitolium ascenderis* ? Tous les éléments essentiels de ce contrat sont réunis ; son entrée en vigueur dépend d'un fait possible et licite. Pourquoi le considérer comme nul, parce que ce fait est volontaire de la part d'une des parties ? Sans doute il se peut qu'elle ne l'accomplisse pas. Mais, qui dit contrat conditionnel, dit contrat qui ne sera peut-être jamais exécuté. Il y a dès maintenant un engagement actuel sérieux ; car les circonstances peuvent contraindre l'obligé sous condition potestative à accomplir l'acte qui fera naître son obligation.

2° Les cas où l'obligation a été contractée sous réserve du consentement de l'obligé : *Spondesne si volueris* ? Nous pouvons ici distinguer une double hypothèse :

Où il y avait contrat unilatéral et la naissance de l'obligation était subordonnée à la pure volonté du seul obligé. En ce cas il n'y a pas de contrat, puisque celui qui pouvait être obligé n'a pas consenti à l'être. C'est ce qu'a exprimé de façon défectueuse l'article 1174, en décidant que toute obligation, contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige, était nulle.

Ou il y avait contrat synallagmatique, et le fait que l'obligation de l'une des parties est purement volontaire n'empêche pas qu'il n'y ait un contrat conclu. L'une des parties s'est mise à la disposition de l'autre ; il dépend de cette autre de faire naître le contrat synallagmatique, c'est-à-dire d'obliger l'autre partie à exécuter les obligations prises envers elle, mais en s'obligeant en même temps elle-même à exécuter les obligations réciproques qu'elle a contractées (1). Un pareil contrat ne porte en lui-même aucune cause de nullité ; mais au lieu d'être un contrat synallagmatique, c'est un contrat unilatéral.

S'il y avait contrat synallagmatique sous condition potestative de la part de l'une des parties, il n'y aurait pas de contrat. En effet, reprenons l'exemple que nous examinons tout à l'heure : X donne à bail à Y un local pour 10.000 francs si Y le veut. L'engagement du preneur est inexistant, parce que sous condition purement potestative (1174) ; mais l'engagement de l'une des parties dans un contrat synallagmatique n'est pris qu'en considération de celui de l'autre ; par conséquent l'obligation du locataire étant nulle, celle du bailleur tombe aussi (2).

(1) L'obligation du débiteur n'est donc pas pure et simple, elle est affectée d'une condition potestative de la part du créancier.

(2) Windscheid l'a nié. Suivant lui les obligations engendrées par un contrat synallagmatique ne sont pas liées au point que l'une ne puisse exister sans l'autre ; le seul effet du caractère synallagmatique serait d'empêcher chacun des contractants de réclamer l'exécution sans prêter de son côté ce qu'il a promis. Mais cela est inexact. Lorsque, comme au cas d'avant-contrat, l'une des parties n'est obligée, que sous condition purement potestative, l'autre contractant ne saurait

Du reste l'expression même de contrat synallagmatique sous condition potestative de la part de l'une des parties est contradictoire ; car elle signifie tout à la fois qu'il existe des obligations réciproques à la charge des deux parties, et que celles de l'une d'entre elles n'existent pas.

Il y a en réalité dans ce cas un avant-contrat unilatéral auquel ne manque aucun élément de perfection ; mais cet avant-contrat n'a qu'un objet restreint, la conclusion d'un contrat synallagmatique sur demande de l'une des parties. Ce dernier contrat n'est actuellement qu'un projet ; il naîtra sans avoir jamais eu la demi-existence des contrats conditionnels.

Les articles 1168, 1170 et 1174 du Code civil ne sont pas du reste les seuls où la confusion de l'hypothèse d'avant-contrat et de l'hypothèse de contrat conditionnel soit manifeste. Nous aurons l'occasion de le constater plu-

même en prestant ce à quoi il est lui obligé, exiger d'elle ce à quoi elle ne s'est pas obligée. Il n'y a donc pas contrat synallagmatique. Cf. Windscheid, t. 1, § 93, note 1.

(1) M. Demogue qui, comme nous, critique la contradiction existant dans le Code entre les articles 1168 et 1174, semble cependant admettre jusqu'à un certain point l'idée de contrat synallagmatique sous condition potestative. Selon lui le bénéficiaire de la promesse a déjà adhéré au contrat définitif, quoique sous condition d'une seconde adhésion postérieure ; cette adhésion finale apparaît comme extérieure à la convention, donc comme une condition. Il reconnaît, il est vrai, que le consentement primitif et le consentement final émanant de la même personne, ne sont pas indépendants l'un de l'autre, parce qu'il y a toujours un certain lien entre les différents états psychologiques d'un individu et que par conséquent il n'y a pas là une vraie condition. Mais il voudrait qu'on traitât le droit éventuel sinon de façon identique, du moins de façon analogue au droit conditionnel. *Art. cit. Rev. trim.*, 1906, p. 234.

sieurs fois, à propos des ventes à goûter et à l'essai, des promesses de ventes avec arrhes, des ventes à réméré. Si les rédacteurs du Code civil ont plusieurs fois soupçonné la notion d'avant-contrat, ils ne l'ont jamais assez nettement dégagée pour apercevoir la différence qui sépare l'avant-contrat du contrat définitif conditionnel.

Il nous faut donc rejeter toute assimilation entre le droit résultant d'un avant-contrat et un droit conditionnel.

L'intérêt pratique de cette constatation est considérable. En droit français la condition une fois réalisée est censée n'avoir jamais affecté l'obligation. Si donc nous assimilions le créancier de l'avant-contrat à un créancier conditionnel, une fois son consentement donné au contrat définitif, il serait censé avoir conclu ce dernier contrat du jour de l'avant-contrat. Il y aurait là pour lui la plus efficace des protections, puisque, grâce à cette rétroactivité, il pourrait faire tomber tous les droits acquis par des tiers depuis le jour de l'avant-contrat. Et d'autre part il bénéficierait de l'article 1180 qui autorise le créancier conditionnel à faire, avant que la condition soit accomplie, tous les actes conservatoires de son droit. En législation une pareille solution serait soutenable ; mais encore une fois il y aurait une fiction inadmissible à supposer un consentement donné au jour où il était encore retenu. Les parties peuvent être censées avoir voulu dès l'instant de leur accord conditionnel, au cas où postérieurement tel événement se produirait, parce que la réalisation de cet événe-

ment est, dans une certaine mesure tout au moins, indépendante de leur volonté, mais non pas avoir consenti avant l'instant où elles ont réellement donné leur consentement.

Même en Allemagne, la distinction du droit résultant de l'avant-contrat et du droit conditionnel conservera sa raison d'être, quoiqu'en principe la rétroactivité de la condition y ait disparu (§ 158, B. G. B.), puisqu'en fait l'effet essentiel de la rétroactivité, c'est-à-dire l'inefficacité, même à l'égard des tiers, des actes de disposition intérimaires, y subsiste (§ 171. B. G. B.).

C'est surtout pour arriver à cette inefficacité, obtenue par la fiction de rétroactivité de la condition, que le stipulant de l'avant-contrat aurait besoin d'une protection spéciale. A défaut d'un droit conditionnel, ne pourrait-on du moins lui reconnaître un droit réel, qui, une fois inscrit, lui permettrait de faire annuler tous les droits acquis postérieurement par des tiers ? Il n'en est rien ; le débiteur de l'avant-contrat est resté actuellement seul propriétaire ; comment un droit qui n'est pas même actuel pourrait-il produire les effets d'un droit réel ?

Le créancier éventuel pourrait seulement, pour protéger son droit de réalisation ultérieure, se faire consentir dès l'avant-contrat un droit de gage ou d'hypothèque en garantie de l'exécution des engagements y contenus. Mais ce droit réel ne changerait rien à la nature du droit résultant de l'avant-contrat ; il ne saurait être opposé aux actes par

lesquels le débiteur de l'avant-contrat aurait rendu impossible la conclusion du contrat définitif. Il aurait pour seul résultat d'assurer, parce que prenant rang à la date à laquelle il a été constitué avant la naissance du droit futur qu'il garantit, l'efficacité du recours en dommages-intérêts en cas de non-exécution de l'avant-contrat.

Conformément à notre théorie, la jurisprudence française a, dans de nombreux arrêts rendus à propos de la promesse de vente, nié que l'avant-contrat engendrât un droit réel ; mais elle reconnaît par contre l'existence d'un droit de créance ordinaire, pur et simple et immédiat. « Si la promesse de vente ne transfère à son bénéficiaire aucun droit réel, elle lui procure du moins une créance qui est pure et simple, immédiate et définitive (1). » « La promesse unilatérale de vente n'a pas pour effet de créer au profit du preneur à bail un droit acquis à l'immeuble, actuel et absolu ; elle laisse le promettant au regard du tiers plein et entier propriétaire jusqu'au jour où, la promesse étant acceptée, la propriété est, par le second contrat qui réalise la vente, transmise à l'accepteur. Le seul droit qui appartient à celui-ci du jour de la promesse au jour de son acceptation est un droit personnel ou de créance non opposable aux tiers de bonne foi (1). »

La doctrine de ces arrêts est fort contestable ; s'il y avait, comme le dit l'arrêt de Nancy, créance pure et simple et

(1) Nancy, 4 avril 1906, S. 06.2.241.

(2) Tribunal de Boulogne, 15 avril 1897, S. ref. 97.2.229.

immédiate, l'avant-contrat devrait être immédiatement exécuté ; il existerait, comme contrepartie nécessaire, une dette pure et simple et immédiate à la charge du débiteur. Le retard apporté à la conclusion du contrat définitif constituerait de la part de celui-ci un retard fautif, et réciproquement il pourrait mettre le créancier en demeure d'accepter l'exécution. Or la raison d'être de l'avant-contrat est précisément d'empêcher le débiteur d'agir en conclusion du contrat définitif et de donner au créancier le droit de suspendre son consentement ou bien jusqu'à un certain délai, ou, suivant les cas, tant qu'il lui plaira. La créance de conclusion du contrat définitif n'est donc pas pure et simple, mais subordonnée à la dation de ce consentement jusque-là retenu.

L'avant-contrat ne produit donc qu'un droit de créance de nature spéciale et inférieure ; il donne seulement le droit d'acquérir postérieurement par déclaration unilatérale un droit de créance ordinaire. C'est sous le nom de droits éventuels (1), qu'on désigne habituellement ces droits intermédiaires entre la simple espérance sans effets juridiques et le droit conditionnel à effet rétroactif après sa réalisation. Les droits éventuels représentent déjà une valeur patrimoniale pour leur titulaire, puisqu'il pourra désormais devenir créancier pur et simple malgré la volonté contraire de son futur débiteur. Mais la distinction du droit éventuel d'avec le droit de créance ordinaire n'a

(1) Cf. les deux articles de M. Demogue dans la *Revue trimestrielle*, années 1905 et 1906.

rien de factice, quoiqu'il suffise d'une déclaration de volonté de son titulaire pour supprimer toute différence. En effet, un créancier en poursuivant son débiteur ne fait pas naître d'obligations réciproques à sa charge à lui créancier ; il en est tout autrement pour le créancier de l'avant-contrat : celui-ci, en demandant à conclure le contrat définitif, crée, en même temps qu'une créance à son profit, une dette vis-à-vis de son débiteur ; et c'est précisément pour ne pas assumer dès lors cette dette qu'au lieu du contrat final il avait conclu un avant-contrat.

Le droit éventuel, quoique distinct du droit personnel ordinaire, participe du reste de la nature mobilière de celui-ci. Quelle que soit la nature de l'objet de l'avant-contrat, qu'il y ait promesse de vente ou de bail d'un immeuble, ou promesse de constitution d'une hypothèque, son créancier sera titulaire d'un droit mobilier (1).

§ 2. — Détermination du contenu du contrat définitif.

Délai d'exécution.

Comme tout autre contrat, l'avant-contrat devra, pour être valable, avoir un contenu suffisamment déterminé : les clauses du contrat futur auquel il tend devront être assez exactement fixées pour que, lors de la demande de conclusion de ce dernier, il n'y ait pas de contestation, c'est-à-dire que, dès l'avant-contrat, il doit y avoir accord sur la chose qui fera l'objet de ce second contrat et sur le prix à payer.

(1) Cass., 20 janvier 1862, D. 62.1.364.

Il ne faudrait pas confondre du reste le contrat vraiment indéterminé avec le contrat non encore déterminé, mais déterminable dans l'avenir d'après les règles déjà posées (1). La seule chose nécessaire est que l'étendue des charges qui peuvent être imposées par le contrat définitif au promettant soit judiciairement déterminable sur la base de l'avant-contrat. Il en est de même dans tous les contrats : ainsi l'article 1591 du Code civil porte que le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties ; cela signifie seulement que le prix doit être déterminable d'après les clauses de la vente sans intervention nouvelle des parties ; mais une vente à terme, au prix courant à l'échéance, remplirait parfaitement les conditions de l'article 1591.

Pothier est allé plus loin, décidant qu'une promesse de

(1) C'est cette confusion que Göppert n'a pas su éviter. Cf. *Kritische Vie teljahrsschrift*, t. 14, p. 417. Suivant lui, si l'on exige détermination absolue du contrat à venir, c'est qu'on envisage trop exclusivement l'avant-contrat en tant que préparant un autre contrat, au lieu de l'étudier en lui-même ; et par ce vice de méthode on serait conduit à annuler des contrats d'applications pratiques courantes, tels que l'ouverture de crédit ou l'engagement pris par un marchand de livrer à X, au prix courant, toutes les marchandises acquises par lui pendant un certain temps. Or ce sont là en réalité des contrats de contenu actuellement indéterminé, mais parfaitement déterminable dans l'avenir, qui par conséquent ne sauraient être selon nous annulés pour manque de détermination. Göppert reconnaît lui-même que l'étendue des charges qui peuvent être imposées au promettant par le contrat à venir, ne doit pas dépendre exclusivement de la volonté du stipulant, et qu'ainsi une promesse illimitée serait sans valeur. C'est donc sans motifs qu'il s'élève contre la théorie courante. Dans l'ouverture de crédit (avant-contrat), le chiffre de l'emprunt (contrat définitif) que fera le crédité est encore incertain ; mais il est maintenu dans des limites précises par le maximum fixé dans l'avant-contrat.

vente faite sans fixation de prix, devait valoir comme promesse de vente à juste prix (1).

Il y a là une erreur certaine : une vente sans prix fixé ne vaudra pas comme conclue à juste prix ; elle sera considérée comme inexistante. Il n'y a aucune raison de décider autrement pour une promesse de vente. Pothier a probablement pensé que le prix était objet de la vente et non de la promesse ; mais l'objet de la promesse, c'est la conclusion d'un contrat de vente donné et non d'un contrat de vente quelconque. Personne n'a jamais soutenu qu'une promesse de vente serait efficace si l'objet à vendre n'y était pas exprimé : or, le prix a, dans une vente, exactement la même importance que l'objet à acheter. La règle du juste prix est singulièrement trompeuse si l'on y veut voir la commune intention des parties. Il y a de fortes chances, au contraire, pour que l'une d'elles ou toutes deux se refusent à l'accepter ; leur soi-disant entente n'était qu'un trompe l'œil ; ce n'était en réalité que le désir exprimé par l'une et l'autre de conclure une opération avantageuse sur un objet donné.

Le Code autrichien, dans une disposition générale sur les avant contrats, conforme à la théorie que nous avons exposée, exige en outre que le délai de conclusion du contrat définitif soit fixé dans l'avant-contrat. Article 936 :

(1) Pothier, *Traité du contrat de vente*, § 481. Pour justifier sa solution, il fait une comparaison avec le cas où un testateur chargerait son héritier de vendre une chose sans mention du prix ; en ce cas, dit-il, il y aurait obligation de vendre *justo pretio*. En tout cas cet argument d'analogie serait sans force en droit actuel contre le texte formel de 1591.

« La stipulation par laquelle on convient de conclure un contrat dans l'avenir, n'est obligatoire que lorsqu'on a déterminé l'époque de la conclusion ainsi que les conditions principales du contrat... ; l'accomplissement de semblables promesses doit être poursuivi au plus tard dans l'année qui suit le terme fixé ; dans le cas contraire, le droit est éteint. »

Cette disposition du Code autrichien ne nous semble pas justifiée. Elle élimine toute une catégorie d'avant-contrats qu'il n'y a aucune raison d'annuler. Sans doute, il se peut que l'avant-contrat ne donne droit à la conclusion du contrat définitif qu'à un moment donné ; ce sera le cas par exemple de la promesse de prêt à échéance fixe, ou de la promesse de vente, adjointe à un bail pour le temps de l'expiration du bail. Mais l'avant-contrat peut aussi produire pour le promettant l'obligation de conclure le contrat définitif quand le stipulant le voudra ; cela se voit continuellement en pratique dans les promesses de vente. Pourquoi une pareille convention serait-elle nulle ? A défaut de prix fixé, il n'était pas possible d'admettre la règle du juste prix qui ne figure nulle part dans la loi et ne répond pas à la volonté des parties. Mais, ici, la situation est très différente ; l'obligation résultant de l'avant-contrat ne sera pas indéfinie ; elle sera soumise à la prescription de 30 ans, établie par la loi pour toutes les actions qui ne sont pas soumises à une prescription plus courte.

Cependant il a semblé à certains auteurs qu'il n'était pas possible d'admettre que le promettant restât si longtemps

dans l'incertitude sur la décision que prendra le stipulant (1) ; ils ont donc voulu lui accorder la faculté de sommer le stipulant d'avoir à faire usage de son droit, sous peine d'en être judiciairement déchu. L'origine de cette solution semble être dans le passage suivant de Pothier (2) : « Lorsque je vous ai promis de vous vendre quelque chose, sans aucune limitation de temps, pour être déchargé de ma promesse je dois obtenir contre vous une sentence qui portera que vous déclarerez, dans un temps qui sera limité par une sentence, si vous entendez acheter, et que ledit temps passé, faute d'avoir fait cette déclaration, je serai déchargé de mon obligation. » Pothier exigeait donc une décision de justice ; mais depuis d'autres auteurs ont été plus loin et voudraient que le promettant pût directement adresser au stipulant une mise en demeure de se décider dans un temps de..., sauf possibilité pour le stipulant, s'il trouve ce délai trop court, de s'adresser à la justice pour le faire allonger (3).

Nous ne saurions, quant à nous, admettre cette manière de voir. Le but de l'avant-contrat, c'est précisément de placer l'une des parties à la disposition de l'autre ; cette situation entraîne de nombreux désavantages, mais elle est la conséquence de la renonciation volontaire à sa liberté consentie par le promettant dans l'avant-contrat. L'auto-

(1) De même certains codes ont établi pour les actions résultant des avant-contrats une courte prescription. Elle est d'un an pour l'action en exécution de l'avant-contrat de prêt dans le Code saxon (art. 4175).

(2) Pothier, *Traité du contrat de vente*, n° 480.

(3) Cf. en ce sens : Ravoire, *Des promesses de vente*, p. 52 et Bourges, 45 juin 1841, sous Cass., D. 47.1.347.

riser à sortir de cette situation par une simple sommation, ou même par arrêt de justice, c'est admettre qu'il peut, pour sa plus grande commodité, priver le stipulant de l'avantage obtenu par lui dans l'avant-contrat : c'est introduire dans notre droit un cas nouveau de déchéance du terme, dans une hypothèse où le terme est stipulé en faveur du créancier, alors que le Code ne prévoit que la déchéance du terme stipulé en faveur du débiteur. Si le promettant ne voulait consentir à cette entrave de sa faculté de disposer que pour un temps donné, il lui fallait exiger la fixation d'un délai pour l'exercice de l'avant-contrat ; il n'a qu'à s'en prendre à lui-même de sa propre négligence.

Une solution inverse ne pourrait être admise que s'il résultait implicitement des termes de l'avant-contrat que les parties ont entendu borner à un certain délai aisément déterminable la faculté réservée à l'une d'elles de différer sa décision. C'était le cas dans le jugement rendu par le tribunal de commerce de Nîmes (1) le 15 février 1871, à propos d'un achat à la Société générale d'obligations de la Société algérienne en cours d'émission, garanties par l'Etat, et ne devant être cotées en Bourse qu'à la fin de l'émission, avec droit de revendre les dites obligations à la Société générale moyennant perte de 6 francs par titre : « Bien qu'aucune limitation de temps n'ait été fixée à l'expiration de cette promesse, il n'est

(1) Confirmé avec adoption des motifs par la Cour de Nîmes, le 6 juin 1871, D. 72.2.21.

pas possible que X. l'ait réclamée comme une garantie indéfinie de la solvabilité de la Société algérienne et de l'Etat, garantie qui n'aurait eu d'autre terme que celui de la prescription trentenaire. » Le tribunal juge au contraire que les parties n'ont entendu spécifier cette garantie que pour la durée de l'émission, parce que, faute de cours coté en Bourse, X. ne pouvait alors reprendre la disposition de son capital ; au contraire, à partir du moment où la cote serait affichée, il pourrait soit réaliser son bénéfice, soit limiter sa perte à 6 francs par titre. L'arrêt n'a rien qui aille contre notre thèse ; il proclame au contraire très nettement qu'à défaut des éléments de sûre détermination d'un délai tacite qui se rencontrent ici, la prescription trentenaire s'appliquerait.

Un arrêt de Nîmes du 27 décembre 1870 (1) statue sur un cas d'achat d'immeuble, avec engagement pris par l'acheteur de rétrocéder l'immeuble à la personne désignée par un tiers, pourvu que ce tiers le désintéressât des obligations à lui imposées, savoir : servir au précédent propriétaire une rente annuelle viagère de 100 francs, et laisser au dit propriétaire et à sa femme jouissance du domaine entier jusqu'au décès du survivant. L'acte ne contenait aucun délai pour l'exercice par le tiers désigné de sa faculté de présentation. Or ce tiers prétendit user de son droit alors que les deux époux vendeurs primitifs étaient morts, que par conséquent étaient éteints et le droit de jouissance à eux réservé et l'obligation de leur servir une

1 10. 72.2 21.

rente viagère. La Cour le débouta avec les motifs suivants : « Il appartient aux tribunaux de suppléer au silence gardé sur le délai par la convention, par voie d'interprétation et en recherchant la commune intention des parties intéressées, soit dans les termes, soit dans le contrat lui-même, soit dans les circonstances propres à en déterminer le sens. » Elle conclut que le décès du vendeur et de sa femme a eu pour effet d'éteindre le droit préalablement existant.

Peut-être les motifs sont-ils un peu larges dans le droit d'interprétation qu'ils reconnaissent aux tribunaux. Mais en tout cas ils impliquent que le tribunal ne saurait fixer au stipulant sur sommation du promettant un délai pour se décider. Ce délai a été fixé dès la conclusion de l'avant-contrat, soit expressément, soit tacitement ; les tribunaux n'y peuvent plus rien changer, ils ne peuvent qu'appliquer par voie d'interprétation les clauses du contrat. S'il n'appert pas des circonstances que le droit résultant de l'avant-contrat devait être prescrit par certains événements déterminés, il ne saurait l'être que par 30 ans.

Cette fixation tacite d'un délai existe toujours au cas fréquent de promesses de vente adjointes à un bail ; il est évident que, dans le silence des parties, le droit de conclure la vente dure autant que le bail et cesse avec lui. L'extinction du droit résultant de l'avant-contrat accessoire se produira en ce cas plus vite que les parties

ne l'avaient prévu, si le bail vient à être résilié avant le terme pour défaut par le locataire de remplir ses engagements. L'espèce s'est rencontrée en pratique. Un bailleur agissant en résiliation du bail d'un immeuble pour abus de jouissance, le locataire riposta par une demande en exécution de la promesse de vente adjointe à ce bail. La Cour de Lyon l'en débouta parce que l'acte principal intervenu entre les parties était un bail, et que la clause facultative de vente, existant en faveur du preneur, n'en changeait pas la nature tant que la vente n'avait pas été réalisée. La Cour de cassation confirma parce que la Cour du fait ayant reconnu par une appréciation souveraine des conventions des parties que la promesse de vente n'était pas indépendante du bail, mais en formait l'une des clauses, « en a conclu à bon droit que le preneur ne pouvait plus exiger du bailleur l'accomplissement de cette promesse, lorsqu'en ne remplissant pas lui-même les obligations que le bail lui imposait, il avait encouru la résolution du contrat (1). » La solution de cet arrêt est bonne ; l'article 1741 n'est qu'une application de l'article 1184 ; la résolution se produit donc au jour de l'abus de jouissance ; elle entraîne résolution à ce jour des conventions accessoires à la convention principale.

Mais nous ne saurions aller plus loin dans cette voie de la fixation d'un délai tacite à l'exécution de l'avant-contrat, et admettre avec Pothier (2) que le long temps écoulé

(1) Cour de Lyon, 13 avril 1866 ; Cass., 22 janvier 1868, D. 68.1.170.

(2) Pothier, *Traité de la Vente*, n° 480.

fait présumer le désistement tacite du stipulant ; ceci ne serait vrai que s'il résultait des circonstances que l'avant-contrat n'a été conclu dans l'intention des parties qu'en vue de circonstances données qui ont cessé.

§ 3. — Capacité nécessaire.

Toute personne est capable dans notre droit, à moins qu'elle ne soit dans quelque cause d'incapacité édictée par la loi ; toute personne pourra donc, en principe, conclure un avant-contrat. D'autre part, les personnes frappées d'incapacité totale, par exemple le mineur non émancipé agissant seul, ne pourront pas plus conclure un avant-contrat que tout autre contrat.

Le seul cas difficile est celui de l'incapable partiel. Faut-il, pour conclure un avant-contrat donné, avoir la capacité de conclure le contrat principal auquel il tend, ou suffit-il au contraire d'une capacité générale de contracter ; en d'autres termes, un avant-contrat doit-il être pris pour un contrat d'obligation en général ou pour un contrat portant déjà l'obligation spéciale que peut produire le contrat principal s'il est conclu ?

On pourrait être tenté de croire que la solution de cette question dépend des effets reconnus à l'avant-contrat, qu'il faudra, si la conclusion du contrat définitif peut être exigée par le créancier de l'avant-contrat, même capacité pour l'un que pour l'autre, tandis que cela ne serait pas nécessaire si l'exécution forcée de l'avant-contrat était

impossible. Telle était l'idée de Göppert (1) : pour lui, l'ayant-droit étant réduit à une action en dommages-intérêts en cas de refus persistant de l'obligé, il est inutile, lors de l'avant contrat, de se préoccuper de la capacité spéciale nécessaire pour le contrat définitif ; une capacité générale de s'obliger suffirait. Mais nous ne saurions admettre ce système ; l'objet de l'avant-contrat, ce n'est pas, nous l'avons vu, la conclusion d'un contrat quelconque, mais celle d'un contrat nettement individualisé ; et l'action ne peut aboutir à des dommages-intérêts que par suite d'impossibilité d'exécuter (qu'il y ait impossibilité objective ou impossibilité résultant du refus du débiteur non contraignable) ; en aucun cas les dommages-intérêts ne sont l'objet du contrat. L'avant-contrat visant conclusion d'un contrat que l'une des parties est incapable de conclure a donc un objet illicite ; il sera nul, que nous admettions ou non l'exécution forcée d'un avant-contrat valable.

Du reste, les résultats du système de Göppert seraient choquants. Puisque la conclusion du contrat principal est interdite à l'une des parties, le seul résultat de la conclusion de l'avant-contrat serait de servir de base à une action en dommages-intérêts, de faire accorder une indemnité pour refus de conclure un contrat interdit par la loi !

En pratique, la question se posera dans des cas assez différents. Ainsi une femme mariée sous le régime dotal et dûment autorisée à faire le commerce, peut s'engager

(1) Göppert, *loc. cit.*, p. 416.

pour les besoins de son négoce, mais non pas vendre ses immeubles dotaux en dehors des cas prévus aux articles 1555 et suivants du Code civil ; nous ne l'autoriserons donc pas à signer une promesse de vendre un immeuble dotal. Et cependant, à première vue, dans le système de Göppert, il n'y aurait pas là de contrat allant contre les prescriptions de la loi. Ce qui est interdit, en effet, à la femme mariée commerçante, c'est d'obliger directement ses immeubles, mais non pas de contracter une obligation pouvant aboutir à engager les dits immeubles ; car si ses affaires périlissent, elle sera tenue sur eux, comme sur le reste de sa fortune, et ils pourront être saisis pour la nue propriété. Mais l'avant-contrat portant promesse de vente d'un immeuble dotal n'en sera pas moins nul, selon nous, puisqu'il aura pour unique objet la conclusion de la vente de cet immeuble, et que cet objet est illicite.

De même, il est interdit aux époux de se vendre entre eux, aux tuteurs, mandataires, administrateurs du bien d'autrui de se rendre acquéreurs des biens qu'ils sont chargés de vendre. Un avant-contrat tendant à la conclusion d'un contrat de vente entre parties incapables de contracter ensemble, sera nul parce qu'ayant un objet illicite.

Enfin un arrêt (1) a vu un avant-contrat dans le contrat portant engagement réciproque de conclure un contrat donné, quand l'une des parties, provisoirement incapable,

(1) Caen, 29 août 1861, *Jurispr. des Cours impér. de Caen et de Rouen*, t. 25.1, p. 295.

aura acquis la capacité voulue. Il y a là en réalité un contrat définitif à terme et sous condition résolutoire, qui sera nul, si l'incapacité établie par la loi visait à la protection de l'incapable (ainsi si un mineur passait vente d'un de ses immeubles pour l'époque où il aura atteint sa majorité), mais qui sera au contraire valable si cette incapacité était le résultat d'une simple situation de fait. Ainsi la loi interdit à un usufruitier de renouveler un bail plus de trois ans avant l'expiration du précédent, pour éviter que le nu-propriétaire ne soit, en cas de cessation de l'usufruit, trop longtemps tenu des baux passés par l'usufruitier. Cette mesure de protection du nu-propriétaire ne doit pas dégénérer en moyen pour l'usufruitier de ne pas remplir ses engagements. L'arrêt que nous combattons qualifie de promesse synallagmatique de bail, un bail renouvelé ainsi par un usufruitier avant le temps permis, mais pour l'époque où cela pouvait être valablement fait. Or aucune condition essentielle de validité ne fait défaut à un semblable contrat ; mais il ne produira d'effets qu'à dater du terme fixé et pourvu que la condition résolutoire de cessation de l'usufruit ne se soit pas réalisée. Dès le moment où la partie incapable est devenue capable, le contrat entre en vigueur ; il n'y a pas de nouveau contrat à conclure. Notre arrêt n'avait validé le bail que parce qu'un acte formel avait été dressé après le moment où l'usufruitier devenait capable de relouer ; en réalité cet acte aurait dû être considéré comme un simple rappel du contrat, devenu définitif du jour de la réalisation du terme.

§ 4. — Formes.

La pleine efficacité de la convention dénuée de toute forme spéciale est le principe des législations modernes ; par conséquent la question de forme ne se posera pas le plus habituellement pour l'avant-contrat.

D'autre part, les prescriptions de forme d'application la plus usuelle, comme la transcription des aliénations d'immeubles ou l'inscription des hypothèques, ne concernent que la publicité vis-à-vis des tiers et sont sans intérêt pour la conclusion des contrats principaux, donc *à fortiori* des avant-contrats ; nous y reviendrons du reste à propos des effets des avant-contrats vis-à-vis des tiers.

Cependant la loi a parfois conservé des formes spéciales pour la conclusion du contrat principal. Les contrats solennels sont au nombre de sept en droit français : le contrat de mariage, la donation, la constitution d'hypothèque, la subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée, la subrogation conventionnelle consentie par le débiteur, le mariage et l'adoption. Les avant-contrats tendant à ces contrats solennels seraient-ils soumis aux mêmes formes ?

Nous consacrerons un chapitre spécial de notre seconde partie aux fiançailles, cet avant-contrat au mariage de nature très spéciale. Remarquons seulement ici que les formes établies par la loi française pour le mariage ne sont faites que pour le cas où les parties sont décidées à se prendre aussitôt réciproquement pour mari et femme et ne sauraient s'appliquer aux fiançailles. En droit français

du moins, les fiançailles ne sauraient donc être que consensuelles ; nous verrons si elles n'ont pas malgré cela certains effets de droit.

Quant à la promesse d'adoption, elle est inconcevable en tant que contrat, et serait dénuée de toute efficacité. L'adoption a un caractère entièrement volontaire ; le Code en a prévu dans la tutelle officieuse une sorte de préliminaire et cependant la tutelle officieuse n'engendre pas l'obligation d'adopter. Les formes assignées à l'adoption ne s'adaptent nullement à un simple avant-contrat, et le droit de contrôle réservé à la justice suffirait, s'il en était besoin, à priver la promesse d'adoption de tout effet.

Restent donc les cinq contrats solennels du droit des obligations.

Göppert, partant toujours de l'idée que, en cas de résistance durable du promettant, le créancier ne saurait obtenir que des dommages-intérêts, soutient que les avant-contrats à des contrats solennels peuvent être conclus sans l'emploi d'aucune forme spéciale ; la loi ne risque pas d'être tournée, puisque le promettant reste libre de ne pas exécuter. Ainsi en droit allemand une vente d'immeubles n'est valable, même entre les parties, que moyennant constatation judiciaire ou notariée ; mais une promesse de vendre un immeuble pourrait être conclue consensuellement, puisque son auteur ne contracte qu'une obligation, pour laquelle il

(1) Göppert, *loc. cit.*, p. 414.

n'y a pas plus de raisons d'exiger les formes de la vente d'immeubles que pour toute autre obligation pouvant aboutir à la vente de cet immeuble (à la suite par exemple d'une saisie).

Ce système n'est pas admissible. Quand le propriétaire contracte une obligation qui peut aboutir à une action sur l'immeuble, cette action ne s'exercera que subsidiairement, à défaut par le contractant d'accomplir des obligations assumées en échange d'autres avantages. Ici au contraire la vente de l'immeuble sera l'objet direct de l'obligation ; les dommages-intérêts, si le débiteur se refuse à passer cette vente, constitueront une perte sèche, sans la compensation que produirait dans un contrat principal, même désavantageux, la contre-prestation de l'autre partie ; le débiteur se résignera donc souvent à conclure la vente solennelle dont il ne voudrait pas, plutôt qu'à payer l'indemnité. Il y aurait là un moyen de frauder la loi, de s'engager en dehors des formes prévues, l'obligation de payer une indemnité en cas de refus constituant une très efficace contrainte. La loi est tournée indirectement, sinon directement.

Quel que soit le mode d'exécution de l'avant-contrat, la même solution s'impose donc quant à l'emploi des formes prescrites pour le contrat solennel auquel il tend.

Mais toutes les formes prescrites par la loi pour les contrats solennels ne doivent pas être indifféremment exigées pour les avant-contrats. Il importe de distinguer suivant la cause du maintien de ces formes en

droit moderne (1). Si elles n'ont pour but que de fournir une sûre constatation de la volonté des parties et de faciliter ainsi la preuve pour l'avenir, tant entre elles que vis-à-vis des tiers, leur emploi pour l'avant-contrat est inutile. Le contrat solennel ne sera évidemment conclu que dans les formes prévues, mais une convention purement consensuelle pourra parfaitement fonder une action en conclusion dans ces formes ; il n'y a rien là qui aille contre le but seulement probatoire de la loi. Il en serait tout autrement, au contraire, si les formes avaient pour raison d'être d'empêcher la conclusion du contrat à la légère, si la loi ne voulait pas que la volonté des parties pût s'exprimer en dehors de circonstances déterminées et sans être pleinement éclairée sur les conséquences (2). Admettre que sur la base de l'avant-contrat le promettant peut être obligé à conclusion du contrat principal serait réduire à néant les dispositions protectrices de la loi. Plusieurs arrêts ont eu l'occasion de le proclamer nettement en Allemagne. « Il est tout à fait inutile de prescrire une forme pour les contrats si cette forme n'est pas applicable à tous les contrats par lesquels on s'oblige à la conclusion de semblables contrats (3). » « Est sans valeur un avant-contrat sans formes qui n'a d'autre contenu que le fait de s'obliger à la conclusion d'un contrat principal, dont la

(1) Degenkolb, *Der Begriff des Vorvertrages*, p. 34 et suiv.

(2) Thöl, *loc. cit.*, § 241, fait la même distinction entre les formes concernant ou non la validité de la convention.

(3) *Seuff. Arch.*, t. 38, n° 403.

validité dépend d'après la loi de l'observation de certaines formes (1). »

La question se pose donc à nous des motifs pour lesquels la loi moderne a dans certains cas particuliers conservé des solennités ; voyons les résultats que nous donnera notre criterium : application des formes prescrites dans l'intérêt des parties, non-application des formes prescrites dans l'intérêt des tiers, pour chacun des cinq contrats solennels que nous avons à examiner.

Les formes prescrites par l'article 1250 pour la subrogation conventionnelle consentie par le débiteur sont destinées à éviter une fraude contre les tiers qui consisterait, de la part d'un débiteur chargé d'hypothèques et ayant payé le créancier premier inscrit, à transmettre plus tard, pour trouver du crédit, l'hypothèque en réalité éteinte à un nouveau prêteur, moyennant un acte antidaté. Rien n'empêche donc d'accorder une action en exécution au bénéficiaire d'une promesse purement consensuelle de subrogation de la part du débiteur, étant bien entendu que la subrogation elle-même n'aura d'effets vis-à-vis des tiers que si l'acte est authentique et s'il a été procédé à la double déclaration prescrite dans l'article 1250.

Le cas pratique serait celui d'une promesse de ce genre adjointe à une promesse de prêt ; l'un et l'autre avant-contracts seront également obligatoires.

(1) Tribunal d'empire, *Entsch. des Reichs. G.*, t. 48, p. 93.

Il est difficile de dire pourquoi la constitution d'une hypothèque n'est permise que dans un acte notarié, alors qu'un immeuble peut être librement vendu ou grevé de servitudes ? Il semble qu'il y ait simplement monopole conservé aux notaires en souvenir du temps où tout acte notarié emportait par lui-même hypothèque (1). S'il en est ainsi la promesse d'hypothèque faite sous seing privé a force obligatoire et permet d'intenter une action en constitution d'hypothèque par acte notarié.

En pratique il arrivera par exemple que, lors de la rédaction sous seing privé d'un acte d'emprunt, ou d'un acte de vente dans lequel un terme est consenti pour le paiement du prix, l'emprunteur ou l'acheteur promettent à leur créancier de lui constituer une hypothèque en garantie de sa créance, la constitution actuelle étant impossible faute de la présence d'un notaire. Au cas où le débiteur refuserait postérieurement de constituer ladite hypothèque, il serait inadmissible que le contrat dût être exécuté comme s'il n'y avait pas eu d'hypothèque promise. L'avant-contrat avait un objet licite : la constitution d'une hypothèque dans les formes prescrites par la loi. Le créancier aura le choix entre deux partis : agir en annulation du contrat et en paiement de dommages-intérêts pour non-prestation des sûretés promises, ou bien agir en exécution de l'avant-contrat, c'est-à-dire en constitution de l'hypothèque.

(1) Cf. en ce sens, Planiol, t. II, 2^e édit., n^o 2758.

Il est probable que la pratique ne fournirait pas d'exemple d'avant-contrat tendant à la conclusion d'un contrat de mariage. Si une semblable promesse avait une valeur, elle impliquerait dans une certaine mesure obligation de contracter un mariage ; ou tout au moins obligerait-elle à ne contracter mariage qu'après avoir passé un contrat donné. La question rentre donc dans celle de l'efficacité des promesses de mariage. Nous aurons à rechercher si cette promesse ne serait pas en contradiction avec l'entière liberté que doivent avoir devant l'officier de l'état civil les futurs époux d'après la loi française (1).

L'avant-contrat de donation serait dénué de toute efficacité. Fait par acte authentique, il constituerait déjà la donation promise, si, comme nous espérons le démontrer (2), le contrat par lequel les deux parties conviennent de conclure dans l'avenir un contrat dans la même forme et sans qu'il y ait de prestation réelle nécessaire à sa validité, est déjà ce contrat prévu (3). D'autre part le contrat dans la forme authentique ainsi conçu : « je vous donnerai 100 si vous le voulez », serait dépourvu de force obligatoire. L'article 932 dit en effet que la dona-

(1) Cf. *infra*, 2^e partie, chap. I^{er}.

(2) Cf. *infra*, chap. V, § 1.

(3) Adler (*Realcontract und Vorvertrag*, dans *Ih. Jahrb. f. Dogm.*, t. 31) prétend que l'avant-contrat est parfois soumis à des formes plus rigoureuses que le contrat définitif, en se basant sur ce que la promesse de donation devra être authentique pour être efficace, tandis que la donation faite en exécution n'aurait plus besoin d'authenticité. Mais qu'est-ce que cette donation définitive dont parle Adler ; si ce n'est la remise effective des choses promises en don, c'est-à-dire l'exécution d'une donation normale ?

tion n'engagera le donateur et ne produira d'effets que du jour où elle aura été acceptée en termes exprès ; il en serait de même évidemment de la promesse de donation.

Enfin il faudrait refuser toute efficacité à une promesse de donation faite sous seing privé ; l'authenticité a en effet pour motif, outre la nécessité d'assurer l'irrévocabilité de la donation, le désir de protéger le donataire contre les captations par l'intervention du notaire et les délais de réflexion qu'elle impose. Le fait qu'un grand nombre de donations sont faites sans rédaction d'un acte authentique ne doit pas nous induire en erreur. Ce qui confère leur efficacité aux dons manuels, c'est leur exécution réelle, et une promesse de don manuel ne fonderait aucune action ; quant aux promesses de donations indirectes, nous n'avons pas à nous en occuper ici puisqu'elles se présenteraient comme des avant-contrats tendant à la conclusion de contrats consensuels.

Enfin la promesse de subrogation à son hypothèque légale faite par une femme mariée serait également sans valeur. L'authenticité exigée par la loi de 1855 n'est pas une simple consécration du principe de l'authenticité des hypothèques ; elle a pour but la protection de la femme et des tiers. La promesse d'une telle subrogation n'aurait donc de valeur que si elle était contenue dans un acte authentique ; mais ce serait alors une subrogation conditionnelle. On ne conçoit pas en effet qu'un tiers demande à une femme mariée de le subroger à son hypothèque légale, s'il le désire ; il lui demandera de le subroger dès

maintenant pour le cas où il acquerrait une créance contre le mari. Une pareille convention, contenue dans un acte authentique, constituerait une subrogation conditionnelle valable.

Il sera donc généralement impossible de conclure un avant-contrat tendant à la conclusion d'un contrat solennel. Dans les deux cas où de pareils contrats doivent être autorisés, au cas d'hypothèque et au cas de subrogation conventionnelle consentie par le débiteur, il n'y a pas lieu d'exiger pour eux les formes auxquelles est assujetti le contrat principal. Un avant-contrat ne sera jamais un contrat solennel.

CHAPITRE III

DISTINCTION DE L'AVANT-CONTRAT ET DE CERTAINES HYPOTHÈSES ANALOGUES.

SECTION I. — L'avant-contrat et la punctuation.

L'avant-contrat étant, comme son nom l'indique, un contrat, engendre une action en exécution ; et ceci semblerait suffire, malgré son rôle préparatoire d'un contrat futur, pour le distinguer d'avec les simples négociations préliminaires à la conclusion d'un contrat (1). Celles-ci sont très fréquentes. Que ces débats, où chacun cherche à obtenir pour lui-même les conditions les plus favorables, ne constituent pas un contrat, tout le monde en tombe d'accord et l'article 784 du Code saxon semble inutile, quand il proclame : « Les négociations préparatoires à un contrat, les tractations n'engendrent aucune obligation. »

Mais il se peut que les négociations ne soient pas restées dans la période vague des conciliabules oraux et que, pour fixer le résultat des discussions, un écrit ait été rédigé. Quelle sera sa valeur ? La question serait simple si les parties exprimaient toujours ce qu'elles ont entendu faire. De deux choses l'une, ou il y avait accord, cet accord

(1) Celles-ci ont été parfois, pour les distinguer des *pacta de contrahendo*, désignées sous le nom de *pacta præparatoria*.

étant définitif et constituant déjà le contrat, ou les parties pouvaient revenir sur ce qui n'avait été convenu que provisoirement, et il n'y avait par suite jusque-là que de simples projets, qui n'ont pas puisé une valeur spéciale dans ce fait qu'au lieu de rester purement oraux ils avaient été consignés sur du papier. Mais souvent l'écrit rédigé marquera entente sur les principaux points de la convention en préparation et non sur d'autres questions qui, sans être de premier plan, peuvent cependant avoir leur importance ; que décider alors quand les parties n'ont pas spécifié si cet écrit devait servir de simple point de repère pour les discussions futures, jusqu'à entente absolue sur tous les points du contrat en vue, ou s'il avait déjà force obligatoire pour les points qu'il règle, ceux laissés dans l'ombre devant être déterminés d'après les clauses déjà rédigées et l'esprit du contrat tel qu'il s'en dégage ? Dans le silence des parties, cet écrit peut-il servir de base à une action en exécution, le juge ayant à suppléer d'office aux dispositions non prises ? Et en ce cas n'aurait-il pas la valeur d'un avant-contrat ?

Notre Code, si pauvre de dispositions pour tout ce qui concerne la conclusion des contrats, n'a pas prévu la question. Les législations allemandes la tranchent au contraire, de manières divergentes du reste, et la plupart des auteurs allemands traitent avec quelques développements de la théorie de la punctuation (1).

(1) Le mot de punctuation a gardé dans la théorie allemande un sens

Le Code prussien, 1^{re} partie, titre 5, § 120, dispose : « Une punctuation contresignée par les deux parties, d'où résulte leur accord réciproque sur toutes les conditions essentielles de l'affaire, a même valeur qu'un contrat formel. » Peu importe donc que les parties n'aient pas spécifié qu'elles ont entendu contracter ou n'aient pas arrêté les détails de la convention ; l'existence d'un écrit, constatant l'accord sur tous les points essentiels, suffit à prouver le contrat. Le paragraphe 121 accorde expressément une action en exécution de la dite punctuation ; le paragraphe 122 fait un pas de plus : il autorise le juge, s'il est besoin de l'emploi de certaines formes pour la publication, la légalisation ou l'enregistrement du contrat, à en ordonner l'accomplissement en se basant sur le contenu de la punctuation (1) ; le paragraphe 123 lui donne le droit de suppléer à la signature de l'une des parties en cas de refus obstiné de celle-ci. Mais la présomption tombe si les parties ont marqué le caractère non obligatoire de la punctuation, ou laissé de côté quelque point essentiel ; § 125 : « Mais s'il manque à la punctuation des déterminations essentielles, ou si les parties s'y sont expressément réservé la discussion de certaines conditions accessoires, la punctuation ne doit être considérée que comme une tractation. »

un peu vague désignant indifféremment l'écrit qui a déjà force de contrat, celui qui n'est encore qu'un point de repère pour la mémoire et celui qui tend à la rédaction d'un contrat dans une forme solennelle donnée (Cf. pour ce dernier sens la section 2 du présent chapitre).

(1) Cf. à ce sujet la section 2 du présent chapitre.

Le Code autrichien donne plus brièvement la même solution. Article 885 : « S'il n'a pas encore été dressé d'acte formel du contrat, mais s'il a été rédigé et signé par les parties une minute des principaux points, cette minute établit immédiatement les droits et les charges qui y sont exprimés ». Ceci implique nécessairement que les dispositions accessoires non exprimées peuvent être au besoin réglées d'office par le juge.

De même, Code saxon, article 783 : « Le contrat est conclu lorsque les parties ont exprimé leurs volontés concordantes sur les points de l'affaire en question qui d'après la loi ou leur volonté sont essentiels. » — Article 827 : « Dans le cas de rédaction écrite provisoire des points essentiels d'un contrat qui doit être plus tard conclu à nouveau dans une forme déterminée, ou punctuation, il faut admettre, si cette punctuation n'est pas une simple rédaction écrite de négociations préparatoires, mais constitue une entente sur les points essentiels du contrat, qu'elle contient déjà en elle-même et pour elle-même un contrat obligatoire, et que les points accessoires restés indéterminés doivent être déterminés lorsque le contrat sera refait dans la forme prévue. Si aucun accord sur ces points accessoires ne se produit, ils doivent être fixés d'après les prescriptions légales sur la nature de l'affaire en question, et si la loi est muette, d'après une appréciation judiciaire. » Il y a dans cet article une certaine hésitation de rédaction : il faut admettre, si cette punctuation n'est pas une simple rédaction écrite de négociations pré-

paratoires, mais constitue une entente sur les points essentiels du contrat... L'article ne vaut donc que pour le deuxième cas ; mais c'est précisément la question de savoir, en présence d'une rédaction non explicite, laquelle des deux solutions doit être présumée ?

Le sens de l'article n'en est pas moins net : l'accord sur les points essentiels d'une convention, sans que les points accessoires aient été réglés, dans le Code saxon comme dans le Code autrichien et dans le Code prussien, constitue déjà le contrat. Les deux parties sont tenues de le compléter ; si elles n'y parviennent pas, le juge les départagera en se conformant aux règles légales sur les affaires de cette nature, ou à défaut en tâchant de dégager les intentions qu'elles avaient en rédigeant la punctuation. Mais il n'en sera ainsi que si tous les points essentiels du contrat ont été réglés et si les parties n'ont pas expressément réservé certains points même secondaires ; cette réserve devrait en effet être considérée comme un refus de tenir provisoirement pour définitives les propositions arrêtées jusque-là.

Le Code fédéral des obligations va plus loin dans le sens de la force obligatoire de la punctuation. Son article 2 porte : « Si les parties se sont mises d'accord sur tous les points essentiels, elles sont présumées avoir entendu s'obliger définitivement, encore qu'elles aient réservé certains points secondaires. A défaut d'accord sur ces points secondaires, le juge les règle en tenant compte de la nature de l'affaire. » Il en résulte que l'accord sera présumé dé-

finitif, même si les parties ont expressément réservé certains points, pourvu qu'ils ne soient que secondaires; l'impossibilité de s'entendre sur ces dispositions réservées n'empêchera pas l'exécution de la convention. Le Code suisse a poussé ici à l'extrême le principe de la valeur de tout engagement. La présomption qu'il a établie est fort critiquable : pourquoi les parties auraient-elles fait la réserve prévue, si ce n'est pour se donner le droit, à défaut d'entente complète, de revenir sur les dispositions déjà arrêtées ? Si le juge est admis à trancher d'après la nature de l'affaire le différend subsistant, en quoi la situation se distinguera-t-elle de celle où il n'y a pas eu de réserve expresse faite ? Car même dans ce dernier cas le juge n'interviendra que si les parties n'arrivent pas à s'entendre à l'amiable sur les points accessoires de la convention, tels qu'ils ressortent de l'ensemble.

L'article 154 du Code allemand rompt avec les législations antérieures. « Tant que les parties ne sont pas tombées d'accord sur tous les points d'un contrat qui, ne fût-ce que d'après la déclaration de l'une seulement d'entre elles, devaient être objet de convention, le contrat dans le doute n'est pas conclu. L'entente des parties sur quelques points particuliers ne suffit pas à les lier, même lorsqu'elle a été suivie d'un projet rédigé par écrit. » Les auteurs du Code ont estimé que le consentement sur certains points seulement d'un contrat était en réalité subordonné au consentement sur les autres, qu'il ne saurait y

avoir de consentement fragmentaire, que, tant que l'accord n'était pas complet, les parties n'étaient pas encore passées de la phase préparatoire à la phase définitive. Et cela est certainement vrai : les parties ont entendu ne s'obliger qu'à l'observation de l'ensemble du contrat, et non de certaines clauses, même essentielles, détachées des autres. La disposition inverse engendre d'autre part des difficultés pratiques considérables que les rédacteurs du Code ont voulu éviter ; l'expression de « dispositions essentielles » est un nid à contestations ; ce qui est essentiel d'après l'un paraîtra accessoire à l'autre. La seule base solide, la seule qui coupe court à toute controverse, est de n'admettre de contrat que lorsqu'aucune cause de litige n'est restée sans règlement.

Mais dans le Code allemand la porte est aussitôt rouverte aux discussions par ce membre de phrase : « sur tous les points d'un contrat, qui, ne fût-ce que d'après la déclaration d'une seule des parties, devaient être objet de convention. » Le critérium de l'appréciation individuelle des contractants redevient donc prédominant. Même le Code allemand apparaît plus difficile à interpréter que le Code suisse ; car, dans ce dernier, le juge décide d'après la nature de l'affaire, et pourra par suite, à la différence du juge allemand, déclarer essentielle une disposition sans se préoccuper de l'opinion contraire de l'une des parties. Enfin, puisque le Code ne l'interdit pas, la preuve contraire devra être admise. Si les parties étaient expressément convenues que leur entente sur les points essentiels

les lie et les oblige à régler en équité les difficultés accessoires, cette convention serait valable. Il en sera de même si elles ne s'en sont pas expressément expliquées, et si cependant la preuve est faite que leur commune intention était en ce sens.

La disposition restrictive du Code allemand n'a donc pas d'avantages au point de vue de la simplification de la tâche du juge ; mais elle aura pour conséquence de restreindre le nombre des engagements valables. Il pourrait arriver en droit autrichien ou en droit suisse que n'ayant pas réglé des points, de second ordre sans doute, mais qui n'en peuvent pas moins modifier sensiblement les effets du contrat, l'un des contractants regrette plus tard de s'être lié sans se rendre exactement compte de l'étendue de ses obligations ; ce danger n'est plus à craindre en droit allemand actuel.

Par contre, il faudrait tenir compte aussi de la situation très légitimement acquise par l'autre partie. Un écrit visant tout ce qu'il y a d'essentiel à prévoir et contresigné par les deux contractants, sera dans leur esprit singulièrement voisin d'un contrat ; il contient au moins un engagement de faire tout le possible pour arriver au contrat définitif, et peut-être y aurait-il là une base suffisante pour une action en dommages-intérêts (1). Permettre sans restrictions aux deux auteurs de s'en dédire, c'est les

(1) Cf. *infra*, p. 75 et suiv., l'exposé de la théorie de la responsabilité précontractuelle.

habituer à attacher peu d'importance à leurs propres déclarations. Est-il bon que, pour parer aux fâcheuses conséquences de leurs erreurs, les majeurs aient toujours l'espoir d'être traités en mineurs ? En tout cas il est bizarre de voir précisément revenir en arrière en notre matière un Code qui attache habituellement une si grande importance à tout engagement des parties, qui a construit la théorie des déclarations de volonté et admis la valeur obligatoire de l'offre unilatérale.

Du reste, pour un cas singulièrement voisin, le paragraphe suivant du Code allemand contient une présomption contraire. — § 155 : « Lorsque les parties, dans un contrat qu'elles considèrent comme conclu, en réalité ne sont pas tombées d'accord sur un des points qui devaient être objet de convention, ce qui a été réellement convenu est valable, en tant qu'il y a lieu d'admettre que le contrat, même à défaut de toute disposition prise sur le point dont il s'agit, n'en aurait pas moins été conclu. » Ce paragraphe conduit forcément à la distinction, que n'a pas voulu admettre le paragraphe 154, entre les dispositions accessoires et les dispositions essentielles d'un contrat. Si le malentendu entre les parties portait sur un point essentiel, il n'y aurait pas contrat même au cas du paragraphe 155 ; il n'y aura contrat, malgré l'erreur commise, que s'il y a lieu d'admettre que, « même à défaut de toute disposition prise sur le point dont il s'agit », la conclusion serait cependant intervenue. Ceci implique qu'il y a des points accessoires qui n'ont pas besoin d'être réglés et sur lesquels

l'entente peut être au besoin suppléée d'office par le juge. Or c'est précisément ce que niait le paragraphe 154. Sans doute il reste cette différence entre les deux cas que dans le premier (§ 154) les parties savaient ne pas s'être mises d'accord sur tous les points de la convention, tandis que dans le second (§ 155) elles croyaient, mais à tort, avoir contracté. Mais si c'est là le motif de la divergence des deux dispositions, les rédacteurs du Code ont attaché une importance vraiment excessive au fait que les parties ont déclaré avoir conclu un contrat, alors que cette déclaration reposait sur une erreur (1).

Peut-être pourrions-nous trouver dans le Code civil français au moins un argument d'analogie en faveur de la force obligatoire de la punctuation. L'article 1157 dispose pour l'interprétation des conventions que, « lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle doit avoir quelque effet que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun ». Quand il s'agit non plus de l'interprétation, mais de la formation des contrats, ne faut-il pas considérer un écrit statuant sur les points essentiels d'un contrat plutôt comme produisant des effets que comme n'en produisant pas, c'est-à-dire y voir déjà le contrat que le juge aura au besoin à développer en l'interprétant, plutôt que la pro-

(1) Cf. sur les paragraphes 154 et 155 du Code allemand, les notes de la traduction du comité de législation étrangère.

longation des négociations verbales et purement préparatoires ?

Quelle que soit du reste la solution législative, restrictive ou extensive, adoptée pour la punctuation, la distinction peut être nettement faite d'avec l'avant-contrat. Si parfois on les a confondus, c'est que dans les deux cas il reste un accord à passer : contrat définitif au cas d'avant-contrat, accord sur les points essentiels au cas de punctuation. Le caractère de cet accord consécutif à la punctuation variera suivant la réglementation législative adoptée ; en droit allemand il aura une valeur dispositive, en droit suisse il ne sera qu'acte d'exécution, puisqu'à défaut d'entente le contrat fonctionnera néanmoins avec des clauses déterminées par le juge. Dans cette dernière hypothèse il ne reste que certaines clauses à déterminer conventionnellement ou judiciairement ; mais le contrat définitif est conclu et n'est donc plus à conclure. Dans le système du droit allemand la distinction n'est pas moins nette, mais pour une raison inverse : c'est le premier contrat qui fait défaut ; le contrat restant à conclure sera la première convention obligatoire entre les parties, aussi bien pour les points essentiels que pour les points accessoires.

Il manquera donc toujours au cas de punctuation ce qui constitue précisément l'avant-contrat, c'est-à-dire la conclusion de deux contrats successifs sur un même objet, chacun des deux ayant pleine force obligatoire, et c'est à tort que les auteurs allemands traitent en général dans un

même chapitre (1) de l'avant-contrat et de la punctation, comme s'il n'y avait là que deux formes différentes d'une même construction.

Mais si la punctation ne constitue pas un avant-contrat, peut-être faudrait-il admettre antérieurement, dès le début de la phase de formation du contrat, un avant-contrat constitué par la simple entrée en rapports des parties ? C'est du moins ce qui ressortirait à notre avis de la théorie de la responsabilité précontractuelle, exposée en Italie par M. Faggella, et pour laquelle M. Saleilles, dans un récent article de la *Revue trimestrielle*, a manifesté quelque sympathie (2).

La responsabilité résultant de l'offre est admise en France lorsque cette offre était accompagnée d'un délai, en Allemagne dans tous les cas. Mais pourquoi la responsabilité ne daterait-elle que de l'offre ? D'après M. Faggella, l'offre ne constitue pas dans l'idée des parties un tel changement dans leur situation respective. Elles ne font pas de distinction nette entre cette période où l'une des parties a formulé ses *desiderata* dans une proposition, qui, par l'acceptation de l'autre, deviendra le contrat obligatoire pour toutes deux, et la période où, successive-

(1) Ainsi Windscheid, *loc. cit.*, § 310 commun aux deux théories ; Thöl, *Handelsrecht*, § 246 pour le *Vorvertrag*, § 247 pour la *Punctation* ; Geller, *Vorvertrag und Punctation*.

(2) Faggella, *Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica* dans *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda* (Naples, 1906), t. III, p. 271 et suiv. ; Saleilles, *De la responsabilité précontractuelle*, *Revue trimestrielle*, 1907, p. 697 et suiv.

ment, et toujours sous réserve d'une rupture possible des négociations, elles se sont mises d'accord sur les points principaux qui formeront l'objet de leur convention. Le moment essentiel de la période de préparation du contrat, ce n'est pas celui où l'offre est formulée, mais celui où elles entrent en rapport et entament la discussion. Dès cet instant il y a entre elles un certain rapport de droit susceptible d'engendrer des effets ; elles sont tenues de cette « loyauté et confiance réciproques en corrélation avec l'usage des affaires » que le paragraphe 157 du Code allemand exige pour l'interprétation des contrats. Sans doute leur liberté juridique subsiste ; elles ne sont pas tenues de contracter. Cependant, à moins d'un différend résultant de la divergence des intérêts économiques, le retrait pur et simple serait arbitraire et par suite entraînerait responsabilité. Ainsi quand l'une des parties rompt les pourparlers parce qu'elle reçoit des offres d'un autre côté, et quoique celui avec qui elle était en négociation lui pose les mêmes conditions, elle pourra être actionnée en responsabilité, et cela quand bien même le nouvel offrant présenterait des garanties plus sérieuses que l'ancien, parce que celui qui négocie pour arriver à une entente a par là-même montré qu'il jugeait suffisantes les garanties présentées par celui avec qui il était entré en relation d'affaires.

La théorie se présente du reste avec beaucoup de réserves, notamment quant à l'étendue de cette responsabilité. M. Faggella semble vouloir la restreindre aux frais et dé-

penses faits en vue de l'élaboration du projet de contrat sur la base des négociations entamées.

Quant à son fondement positif, il voudrait la faire reposer sur une garantie légale, encore à établir. Mais peut-être en droit français l'article 1382, avec les extensions indéfinies que lui a données la jurisprudence, suffirait-il ?

Le point capital de ce système c'est la restriction apportée à l'importance jusque-là accordée à l'offre. L'offre ne constitue plus le début de la phase juridique du contrat ; d'elle datent seulement des chances plus grandes de succès, une accentuation du caractère sérieux des négociations, comme celle qui résulte de leur simple prolongation ou de la suppression de quelque difficulté. L'entrée en rapports prend la place habituellement accordée à la proposition ferme faite par l'une des parties à l'autre.

Le gros écueil de cette théorie, ce sont les difficultés d'application quasi-insurmontables qu'elle présenterait. M. Saleilles l'a fort nettement montré. Comment distinguer le retrait arbitraire du retrait légitime ? Comment trouver même des cas de retrait arbitraire, puisqu'aussi bien tout motif objectif suffit à justifier une rupture résultant d'un simple caprice ? Et si l'on doit finalement limiter la responsabilité aux frais faits en vue du contrat, sans tenir compte des espérances suscitées et des chances de gain perdues, n'y a-t-il pas un effort de construction bien considérable pour arriver à un mince résultat ? Cependant l'on ne saurait aller plus loin, sans faire pla-

ner sur les rapports quotidiens une dangereuse menace, sans faire reculer devant toute initiative commerciale.

Mais cette théorie est fort intéressante pour le sujet spécial qui nous occupe, parce qu'elle aboutirait, si elle était adoptée, à une très grande extension du domaine de l'avant-contrat. MM. Faggella et Saleilles semblent donner à cette responsabilité pour rupture de négociations précontractuelles, une base légale ou quasi-délictuelle ; ne lui pourrait-on pas trouver plutôt un fondement contractuel ? Demolombe faisait résulter l'impossibilité de révoquer une offre, accompagnée de stipulation d'un délai, de l'idée d'un contrat tacite intervenu entre l'auteur de l'offre et son bénéficiaire quant au maintien de ce délai. La théorie de M. Faggella ne repose-t-elle pas de même sur l'idée d'un rapport contractuel créé entre les parties par le seul fait de leur entrée en négociations ? Nous avons cité plus haut l'article 157 du Code allemand sur la loyauté et la confiance réciproques dans l'interprétation des conventions ; la responsabilité précontractuelle découle du même principe. Elle est précontractuelle, en ce sens qu'antérieure au contrat dont la conclusion est le but poursuivi ; mais elle est aussi contractuelle, en tant que résultant de l'engagement réciproque pris par ceux qui entament des négociations préparatoires à un contrat de les poursuivre loyalement. Toute entente sur un point quelconque d'un contrat à venir est déjà un contrat ; c'est l'engagement pris par les parties de conclure, sauf changement dans les circonstances, ou impossibilité d'entente

sur les autres points, un contrat contenant la clause convenue. Il y a donc ici un contrat tendant à la conclusion d'un autre contrat, un avant-contrat tacite, d'une nature spéciale sans doute, d'efficacité inférieure à celle des contrats ordinaires, puisqu'on ne saurait sur sa base agir en exécution, mais non pas dépourvu de conséquences, puisqu'origine d'une responsabilité pécuniaire (1).

SECTION II. — L'avant-contrat et la convention tendant à conclusion d'un contrat dans une forme donnée.

La jurisprudence nous fournit de nombreux exemples de procès consécutifs à une convention par laquelle les parties sont convenues de passer dans la forme authentique un contrat qui, d'après la loi, serait valable par le simple échange des consentements.

Cette convention semble en effet susceptible de trois explications :

1° Les parties n'ont pas encore voulu se lier ; elles ont gardé le droit de se dédire jusqu'au moment de la conclusion dans la forme prévue. Notre convention n'est alors qu'un épisode des négociations préparatoires ; c'est une punctuation, au sens du paragraphe 154 du Code allemand, c'est-à-dire un projet rédigé par écrit et non obligatoire. Nous avons suffisamment insisté dans notre précédente

(1) L'application de ce système donnerait des résultats particulièrement heureux pour la théorie des fiançailles. Il fournirait une justification rationnelle des solutions pratiques adoptées par notre jurisprudence française actuelle. — Cf. *infra*, 2^e partie, chap. I.

section sur la distinction de l'avant-contrat et de la punctuation.

2° Les parties ont entendu se lier dès avant la rédaction solennelle ; elles sont obligées non seulement à procéder à cette rédaction, mais à exécuter le contrat quant au fond, et n'ont prévu l'emploi postérieur de la forme authentique que pour faciliter dans l'avenir la preuve de l'accord déjà définitif, ou se ménager les voies d'exécution spéciales aux actes notariés. Il y a bien en ce cas contrat avant la rédaction solennelle prévue, ce qui serait la première condition voulue pour qu'il y ait avant-contrat ; mais la seconde condition fait défaut : cette rédaction solennelle n'a pas une valeur contractuelle ; elle n'est qu'un acte d'exécution du contrat primitif, et n'a pas d'effets par elle-même et en dehors de l'acte qu'elle reproduit.

3° L'exécution du contrat projeté ne saurait être poursuivie quant au fond. Il y a bien déjà un contrat conclu ; mais il donne seulement droit d'exiger conclusion du contrat définitif dans la forme stipulée ; il ne permet pas par lui-même d'agir en exécution des obligations qui formeront le contenu du contrat définitif.

Dans cette troisième hypothèse, et dans cette hypothèse seule, il y a avant-contrat.

Degenkolb (1) a cependant soutenu que, même lorsque

(1) Degenkolb, *Vertragsvollziehung als Vertragsreproduction*, dans *Arch. f. d. ziv. Praxis*, t. 71, p. 161 et suiv. — Contrà, P. Meyer, *Vertragsvollziehung und Vertragsreproduction* dans *Arch. f. d. ziv. Praxis*, t. 87.

la convention, visant reproduction en la forme solennelle des mêmes décisions, obligeait déjà non seulement à procéder à cette rédaction solennelle, mais à exécuter toutes les prestations formant le fond du contrat, la nouvelle convention en la forme solennelle constituait un second contrat et non pas seulement un acte d'exécution du contrat primitif. Il y aurait donc toujours là aussi avant-contrat, quoiqu'avant-contrat d'une nature un peu spéciale, puisqu'à côté de l'obligation de signer le second contrat solennel, le premier contrat produit déjà par lui-même tous les effets de ce second contrat.

La théorie de Degenkolb repose sur le raisonnement suivant. Si l'acte formel n'a qu'une valeur probatoire, il ne peut prouver que les dispositions arrêtées dans le premier contrat ; dès qu'il innove il perd toute force ; les dispositions nouvelles qu'il contient sont sans valeur et celles qu'elles étaient destinées à remplacer conservent toute leur efficacité. Mais un pareil résultat serait inadmissible. La nature juridique de l'acte reproduisant le contrat primitif ne saurait varier suivant qu'il reproduit plus ou moins fidèlement le contenu de ce premier contrat, puisque dans tous les cas sa structure reste la même, que dans tous les cas il a la forme d'un contrat. Et il est indéniable que c'est là un contrat ; on ne saurait admettre que les modifications faites par les parties à leur accord primitif restent inefficaces.

Degenkolb convient que la doctrine rejette en général son système pour ne reconnaître au second acte qu'une

valeur probatoire. Mais la jurisprudence constate sa valeur dispositive et n'admet pas que les dispositions arrêtées dans le contrat primitif et non reproduites dans cet acte, soi-disant probatoire, restent valables. « Le contrat prévu n'a pas un simple but formel ; il est destiné à donner une preuve complète de toute la convention, et le contrat intermédiaire, en tant que le contrat principal s'en sépare, doit être considéré comme modifié et annulé *mutuo consensu* (1). » « Il ne suffit pas, pour faire considérer comme sans valeur les dispositions écrites du contrat, de prouver qu'avant rédaction de l'écrit avaient été arrêtées oralement des dispositions présentant avec lui des différences essentielles ; il faudrait prouver au contraire que ces dispositions divergentes devaient, d'après la volonté des parties, conserver leur valeur malgré la rédaction écrite (2). » « Les parties n'ont à se conformer à une disposition arrêtée avant rédaction de l'écrit et en désaccord avec son contenu, que s'il est prouvé qu'elles ont entendu, en rédigeant le contrat, maintenir en vigueur cette disposition orale, bien qu'elles l'aient omise (3). » Une jurisprudence constante admet donc que le second acte est destiné à prouver non pas l'existence d'une convention antérieure, mais la conclusion d'un nouveau contrat s'incorporant en lui.

(1) *Ober Amts Gericht de Lübeck*, 30 novembre 1850, reproduit dans *Sf. Arch.*, t. 10, n° 242.

(2) *Reichs Ober Handels Gericht*, 20 mai 1873, reproduit dans *Entsch. des R. O. H. G.*, t. 10, n° 18, p. 102.

(3) *Sächsisches Ober Amts Gericht*, 10 décembre 1863, reproduit dans *Sf. Arch.*, t. 20, n° 216.

Degenkolb reconnaît cependant que la théorie de la valeur probatoire du second acte, défendue par la doctrine, contient une idée juste. Si les parties concluent ce second contrat, c'est, si le premier était oral, pour bénéficier des facilités de preuve résultant d'une rédaction écrite, ou s'il y avait déjà un acte écrit, pour profiter de la force probante spéciale attachée à l'acte authentique. En tant que les deux contrats concordent, on pourrait croire que ce sont les droits résultant du premier contrat qui bénéficient ainsi d'une force probante plus grande ; mais il y a là une simple apparence, venant de cette concordance, et qui n'empêche pas l'acte reproductif de rester un contrat indépendant.

Nous rejetons quant à nous la théorie de Degenkolb. Sans doute lorsque l'acte formel se sépare du contrat primitif, les décisions nouvelles qu'il contient auront force obligatoire, et s'il passe sous silence quelque convention primitivement adoptée, cette convention devra être considérée comme écartée. Le but de l'interprétateur doit être de se conformer autant que possible à l'intention des parties, et il n'est pas douteux que, lorsqu'elles étaient convenues de procéder à la rédaction solennelle d'un contrat, ce soit à l'acte solennel qu'il faille se reporter pour connaître les dispositions définitives arrêtées par elles. Mais il ne s'ensuit pas que, pour les points pour lesquels il y a reproduction pure et simple des décisions antérieurement prises, il y ait aussi un nouveau contrat. Les parties n'ont

certainement pas l'intention de conclure un second contrat en procédant à la rédaction dans la forme prévue ; elles entendent seulement se conformer à l'une des obligations découlant du contrat antérieur ; si par exemple le contrat primitif était une vente, elles s'exprimeront ainsi : « Nous, soussignés, déclarons avoir conclu la vente suivante. » Est-il raisonnable de qualifier l'acte en se basant sur certaines dispositions secondaires, qui peuvent y avoir été insérées ?

L'erreur de Degenkolb est d'avoir cru qu'un acte donné ne pouvait avoir une double nature. Un même acte peut très bien pour partie être exécution d'un contrat principal antérieur, et pour partie constituer un contrat accessoire à ce premier contrat. En tant que reproduction du contrat antérieur, l'acte n'aura donc qu'une valeur probatoire ; en tant que convention nouvelle, au contraire, il aura une valeur dispositive. S'il en est ainsi, puisqu'il ne constitue un contrat que précisément pour ce qui n'est pas exécution du contrat primitif, il ne saurait être question de contrat définitif passé en exécution d'un avant-contrat.

La possibilité d'un avant-contrat en notre matière reste donc, comme nous l'avions montré au début de cette section, restreinte à une seule hypothèse : celle où, lorsque les parties conviennent de passer un contrat dans une forme donnée, elles s'obligent à cette conclusion, mais sans avoir déjà le droit d'exiger quant au fond l'exécution des obligations qui formeront le contenu de leur contrat.

Or les parties peuvent sans doute expressément convenir qu'il en sera ainsi, qu'il ne pourra être agi en exécution des obligations devant former le contenu du contrat solennel qu'après rédaction dans la forme prévue. En ce cas, si l'une d'elles voulait agir en exécution des prestations qui lui sont dues, en se refusant à procéder à la rédaction solennelle, elle devrait être déboutée.

Pourtant ce serait une erreur que de croire qu'il y a véritablement dans cette hypothèse avant-contrat. Si nous étions en présence d'un avant-contrat, l'obligation de procéder aux prestations qui sont le but de la convention serait seulement produite par le contrat solennel, jouant le rôle de contrat définitif ; le premier contrat ne donnerait par lui-même que le droit d'exiger cette rédaction solennelle. Or il n'en est rien : la rédaction solennelle peut bien être, suivant la volonté des parties, le premier acte d'exécution à accomplir ; mais rien ne la différenciera des actes d'exécution postérieurs qui amèneront réalisation du but cherché par les parties.

Pour qu'il y ait successivement deux contrats conclus, l'avant-contrat et le contrat définitif, il faut qu'un des éléments constitutifs du contrat définitif ait fait défaut lors de l'avant-contrat. C'est ce qui se produit, lorsque manque le consentement de l'une des parties ; c'est ce qui se produit également dans les contrats solennels, lorsque le contrat a été conclu en dehors de la solennité, jugée nécessaire par la loi pour l'expression même de la volonté des parties. Ici, rien de pareil. Les parties signent un

contrat consensuel, parfaitement valable par lui-même. Mais, soit qu'elles désirent assurer la conservation de la preuve, soit qu'elles veuillent bénéficier de voies d'exécution plus énergiques, elles décident qu'avant toute exécution de fait, le contrat sera rédigé en la forme authentique. Cette convention est obligatoire. Mais le contrat rédigé en la forme authentique est le même que le contrat sous seing privé ; aucun élément nouveau n'est venu s'adjoindre au contrat primitif ; c'est toujours sur le contrat sous seing privé qu'est basée l'obligation des parties. L'exécution est commencée : voilà tout.

Donc, même en ce cas, il n'y a pas avant-contrat.

La discussion n'est pas purement théorique : supposons, comme cela se produit généralement en pratique, que les parties soient convenues de procéder à la confection de l'acte solennel dans un délai donné (1). S'il y avait avant-contrat, faute de confection de cet acte avant le terme stipulé, le droit résultant de l'avant-contrat serait prescrit ; les contractants auraient perdu le droit d'agir en rédaction de l'acte solennel, et, comme le contrat définitif n'a pas été conclu, ils n'ont jamais eu le droit d'agir en exécution des obligations qui auraient constitué le contenu de ce contrat.

La situation est toute différente dans la théorie que

(1) Le même intérêt pratique se retrouvera dans les législations qui ont soumis à une très courte prescription l'action en exécution d'un avant-contrat, ainsi dans le Code saxon où cette prescription est de un an.

nous soutenons. Le contrat sous seing privé a engendré non seulement l'obligation de rédiger un acte solennel, mais encore celle d'exécuter un certain nombre de prestations de fond. Le délai stipulé pour la confection de l'acte authentique avait pour seule signification de permettre à chacune des parties de sommer l'autre d'avoir à y procéder avant cette époque. Le fait qu'il n'a pas usé d'une clause insérée dans son intérêt, n'empêche pas l'un des contractants de pouvoir agir postérieurement en rédaction solennelle et en exécution de toutes les prestations incombant à son co-contractant.

Telle est bien certainement la seule interprétation conforme à la volonté des parties.

La jurisprudence a eu souvent à statuer, notamment en matière de vente, sur des conventions portant que le contrat conclu devait être reproduit dans la forme notariée avant un certain délai. La majorité des arrêts décide, conformément à la théorie que nous défendons, que l'acte sous seing privé est déjà un contrat définitif, obligeant à paiement des droits de mutation, et que, si l'acte notarié prévu n'a pas été rédigé ni le contrat exécuté quant au fond, il n'y en a pas moins eu contrat translatif de propriété; l'enregistrement n'a pas à restituer les droits qui lui ont été payés (1).

Dans un certain nombre de cas, les arrêts, s'appuyant

(1) Cass., 9 avril 1895, S. 96.1.198; Cass., 10 janvier 1898, D. 99.1.162; Cass., 2 décembre 1901, S. 01.1.490; Cass., 8 décembre 1903, S. 05.1.241 et la note de M. Wahl.

sur les circonstances de l'affaire, ont décidé en sens contraire que, lors de la rédaction de l'acte sous seing privé, il y avait seulement contrat sous la condition suspensive de rédaction postérieure de l'acte notarié (1). Il aurait été plus exact de dire qu'avant rédaction solennelle il n'y avait qu'un simple projet, et de ne pas faire intervenir ici l'idée de condition, avec la rétroactivité qu'elle entraîne ; ces arrêts ne semblent pas admettre qu'il puisse être agi en rédaction solennelle ; l'acte sous seing privé n'est donc qu'une punctuation. Nous sommes ici dans l'hypothèse où les parties ont conservé le droit de se dédire jusqu'à conclusion dans la forme prévue. Pas plus qu'au cas précédent il n'y a avant-contrat.

Du reste la distinction est souvent difficile à faire entre le cas où l'acte sous seing privé est un contrat, et celui où il n'est qu'un simple projet. Les auteurs ont proposé différents critères ; les législations se sont prononcées en sens divergents (2) ; les arrêts semblent con-

(1) Cass., 24 février 1896, S. 96.1.485 ; Cass., 20 juillet 1896, S. 97.1.149.

(2) Demolombe voudrait distinguer suivant que les parties conviennent lors d'une convention verbale de rédiger un écrit, ou lors de la rédaction d'un acte écrit de passer un acte authentique. Au premier cas les parties conserveraient le droit de se dédire librement jusqu'à la rédaction écrite, tandis qu'en cas d'acte sous seing privé, l'intervention du notaire serait présumée n'avoir qu'un but probatoire. « La rédaction par écrit d'une convention est une épreuve décisive ; avant il arrive que ce premier accord, qui s'était formé verbalement, n'avait du contrat que l'apparence, et que les parties qui avaient cru s'entendre étaient au contraire profondément divisées. » Demolombe, t. 24, n° 36.

Cette théorie accorde à l'écrit une valeur très exagérée. Elle aurait pu avoir sa raison d'être en droit romain ; mais, du moment que notre

tradictaires, parce qu'en réalité la question de fait est prédominante.

Mais nous n'avons pas à examiner ici en détail les rai-

législation a adopté le principe de la non-solennité des conventions, peu importe qu'il y ait eu ou non rédaction de l'entente passée. La rédaction écrite pourra être un élément sérieux d'appréciation, et rendre dans une certaine mesure probable l'existence d'un accord véritable ; mais elle ne le prouvera pas, pas plus qu'un contrat conclu ne deviendra un simple projet, parce qu'il n'en a pas été dressé d'acte.

D'après Thöl (*loc. cit.*, § 243), si l'emploi de certaines formes a été décidé avant conclusion de tout contrat, la conclusion non solennelle serait nécessairement sans effets. Au contraire, si les parties déjà liées par un contrat conviennent de procéder à une rédaction solennelle, elles ne cessent pas pour cela d'être liées ; elles ne pourraient se dire que s'il y avait eu novation, remplaçant le contrat primitivement parfait par un nouveau contrat qui ne doit prendre de force obligatoire que du jour de la rédaction solennelle, et la novation ne se présume pas ; dans notre hypothèse par conséquent l'acte ne pourra avoir qu'une valeur probatoire, à moins que les parties n'aient nettement exprimé la volonté contraire.

Ces observations sont justes, mais ne donnent pas la clef de la seule question difficile : y a-t-il ou non contrat avant que la rédaction solennelle ait été parfaite ? Thöl nous donne des solutions exactes pour le cas où il y a contrat, comme pour celui où il n'y a pas contrat ; mais il ne nous dit pas quand le contrat doit être présumé, et c'est précisément ce qui est douteux.

Pour nous, tout en tenant compte dans chaque affaire des circonstances de fait, nous voudrions voir reconnaître en général pleine force obligatoire à l'accord purement consensuel des parties, prévoyant la rédaction postérieure d'un acte solennel. Il y a là, nous semble-t-il, une conséquence nécessaire à la règle de non-solennité des conventions, admise par notre loi. Les contractants font exception aux principes généraux, lorsqu'ils entendent n'être obligés qu'après l'emploi d'une forme donnée ; à défaut de stipulation expresse de leur part, on doit présumer qu'ils sont restés dans la norme légale, qu'ils n'ont prévu l'emploi d'une solennité que pour conférer à leur engagement une force probante plus grande, et non pour lui donner l'existence.

C'est en ce sens que se sont prononcés Aubry et Rau (t. IV, § 343).

Pourtant nous devons reconnaître qu'à l'exception du Code saxon,

sons des solutions proposées. Qu'il y ait ou non contrat avant la rédaction dans la forme stipulée, il n'y a pas avant-contrat, du moment que l'obligation des parties, si elle existe, s'étend déjà au-delà de la rédaction d'un acte formel, comprend déjà l'exécution des prestations qui forment le contenu du contrat.

dont l'article 823 consacre la solution que nous préconisons, les législations positives ont adopté une présomption inverse (Voir pour le Code prussien, le paragraphe 117, 1^{re} partie, tit. 5, et pour le Code autrichien l'article 884, qui semblent consacrer la distinction défendue par Demolombe). Nous citerons particulièrement l'article 14 du Code fédéral et les paragraphes 125 et 154 du Code civil allemand.

Code fédéral, art. 14 : « Lorsque les parties sont convenues de donner à un contrat une forme spéciale, bien que la loi ne le prescrive pas, elles sont présumées n'avoir entendu se lier qu'à partir de l'accomplissement de cette forme. »

Code allemand, § 125 : « ... Le défaut de forme, lorsqu'il s'agit de forme établie par acte juridique, a dans le doute pour conséquence la nullité » ; § 154-2^o : « S'il a été convenu que le contrat projeté ferait l'objet d'une constatation authentique, le contrat n'est pas conclu dans le doute tant que cette constatation authentique n'a pas eu lieu. »

Nous ferons remarquer, tout au moins pour le Code fédéral, que l'article 14 est difficile à concilier logiquement avec l'article 2, qui présume accord définitif entre les parties du moment qu'elles se sont entendues sur les points essentiels, encore qu'elles aient réservé certains points secondaires. Si l'intention obligatoire peut être douteuse au cas de l'article 14, elle l'est beaucoup plus encore au cas de l'article 2. La solution restrictive, destinée à permettre autant que possible aux parties de revenir sur les décisions prises et à empêcher les engagements conclus à la légère, aurait dû être soit adoptée, soit rejetée dans les deux hypothèses.

CHAPITRE IV

EFFETS DE L'AVANT-CONTRAT.

SECTION I. — Effets de l'avant-contrat avant que le stipulant ait déclaré sa volonté de conclure le contrat définitif.

Nous nous bornerons strictement dans cette section à l'étude de la période où le droit n'est encore qu'éventuel, c'est-à-dire de la période comprise entre l'avant-contrat et la demande de conclusion du contrat définitif.

Le promettant est lié après la conclusion de l'avant-contrat, mais d'une façon plus lâche qu'un débiteur habituel, puisque, même si son obligation n'est affectée ni d'un terme, ni d'une condition suspensive, il n'est pas dès maintenant tenu d'exécuter et ne le pourrait, même si telle était sa volonté. Il n'a aucun droit contre le stipulant et n'en acquerra que lorsque celui-ci se sera décidé à conclure le contrat synallagmatique définitif. Il n'y a donc pas d'action possible du promettant contre le stipulant pendant la période que nous étudions actuellement.

Le stipulant, de son côté, n'est pas créancier ferme et immédiat, mais peut le devenir par sa seule volonté. Or c'est là un droit dérogatoire aux principes généraux, en vertu desquels une obligation ne peut naître que par la volonté concordante du créancier et du débiteur. Ce droit,

qui constitue pour lui une valeur patrimoniale, peut être entièrement ou partiellement annihilé pour des causes diverses.

Le stipulant pourra-t-il, sans demander pour cela à conclure le contrat définitif, agir pour préserver sa créance éventuelle ?

Pourra-t-il, d'autre part, disposer entre vifs de cette créance éventuelle et la transmettra-t-il à cause de mort ?

Telles sont les deux questions que nous aurons à résoudre en deux paragraphes.

§ 1. — Droits du stipulant vis-à-vis du promettant.

Il est un certain nombre d'événements par suite desquels le stipulant est exposé à ne plus pouvoir exercer utilement le droit qui lui a été concédé dans l'avant-contrat. Ce sont la perte matérielle de l'objet du contrat futur (perte totale ou partielle), des changements accomplis par le propriétaire sur cet objet (dégradations, améliorations, simples modifications), la transmission de cet objet à un tiers (transmission volontaire ou forcée). Nous allons rechercher comment, dans ces diverses circonstances, les droits du stipulant de l'avant-contrat se trouvent compromis, et dans quelle mesure son intervention pourrait le garantir contre ces risques. Puis nous nous demanderons si cette intervention en garantie de ses droits éventuels peut être autorisée.

I. — *Cas où le stipulant est exposé à ne plus pouvoir exercer utilement les droits qui lui ont été concédés.*

A. — *Perte matérielle totale ou partielle.*

En cas de perte totale, la conclusion du contrat définitif devient impossible faute d'objet. Les dommages-intérêts que le stipulant peut se voir allouer ne remplacent qu'imparfaitement l'exécution en nature ; il aurait donc intérêt à intervenir si par là il pouvait empêcher la perte de la chose. Il en sera de même au cas de perte partielle, qu'il ait du reste ou non droit d'obtenir la conclusion du contrat définitif avec diminution du prix fixé.

Nous n'avons pas à nous occuper plus longuement ici de ces dommages-intérêts ; le stipulant ne les peut obtenir que s'il a manifesté sa volonté de conclure le contrat définitif ; nous retrouverons donc la question dans notre section suivante. Le stipulant ne saurait, s'il résulte des circonstances qu'il lui était impossible de conclure actuellement le contrat définitif, demander cependant des dommages-intérêts sous prétexte que la perte de la faculté de conclure dans l'avenir lui cause dès maintenant un dommage : le dommage n'existera qu'autant qu'il aurait finalement conclu sans cette perte.

Dans certaines hypothèses le stipulant ne peut pas plus que le promettant éviter cette perte de la chose : ainsi quand il y a cas fortuit ou force majeure. Mais il n'en est plus de même si le débiteur de l'avant-contrat, soit par

négligence, soit pour n'en faire pas profiter son créancier, omet de faire des dépenses nécessaires ou même simplement utiles : ainsi au cas de promesse de prêt d'une machine que le propriétaire laisse se détériorer, de promesse de vente ou de bail d'une maison qui tombe en ruines faute de réparations, etc. L'intervention du stipulant serait non moins efficace si la perte résulte de ce que le débiteur néglige d'accomplir certains actes juridiques conservatoires de ses droits tels que des actes interruptifs de prescription.

B. — *Changements accomplis par le propriétaire.*

Le signataire d'une promesse de vente d'un immeuble rase cet immeuble ou y apporte des changements de nature à le rendre impropre à l'usage auquel le destinait le bénéficiaire de la promesse. Le stipulant, dont la créance va être rendue ainsi inutile, pourra-t-il s'opposer à ces détériorations ?

La question ne se posera pas s'il s'agit d'améliorations qui augmenteront considérablement la valeur de l'objet du contrat, ainsi de constructions sur un terrain nu, parce que le créancier, s'il demande à réaliser l'avant-contrat, ne devra pas compte à son co-contractant de l'augmentation de la valeur de l'objet auquel il a droit (1).

C. — *Transmission de l'objet du contrat futur à un tiers.*

Cette transmission peut être volontaire de la part du promettant, ainsi au cas de vente. Le créancier de l'avant-

(1) Cf. *infra*, p. 117.

contrat a intérêt à s'y opposer parce qu'il se verrait préférer le tiers acquéreur de bonne foi, et serait réduit à une action en dommages-intérêts contre le vendeur.

La situation est différente cependant si la cession a eu lieu sous réserve des droits du bénéficiaire de l'avant-contrat. La cession de dette étant inopérante en droit français, le créancier éventuel pourra, lorsqu'il demandera réalisation de l'avant-contrat, agir contre le promettant comme si cette cession n'était pas intervenue. Il n'y a donc pas de raison pour l'autoriser à demander la nullité de la cession opérée sous réserve de ses droits (1).

(1) La Cour de Nancy a décidé en sens contraire par un arrêt du 4 avril 1906, S. 1906.2.241 ; elle a autorisé le titulaire d'une promesse de vente à faire annuler la vente consentie à un tiers sous réserve de ses droits, sans cependant demander conclusion du contrat définitif. Mais l'arrêt accorde en même temps des dommages-intérêts au plaignant ; or toute atteinte au droit éventuel cessait de par l'annulation de la vente consentie au tiers. Si donc la Cour de Nancy prononce simultanément annulation de la vente et paiement de dommages-intérêts à l'acheteur éventuel, ce ne peut être que sur une base autre que la promesse de vente, et par là la portée de l'arrêt en notre matière est détruite.

La promesse de vente était en effet adjointe à un bail, et d'autre part le tiers auquel avait été consentie la vente était un industriel concurrent du locataire, titulaire de la promesse de vente. La vente avait pour but de répandre le bruit que les affaires du locataire périllicitaient et qu'il ne serait jamais en état de réaliser la vente éventuelle qu'il s'était fait consentir. C'est donc à la fois sur un trouble apporté à l'obligation du bailleur de procurer à son locataire une jouissance paisible et sur une application de l'article 1382, qu'est basé l'arrêt de Nancy.

Le tribunal de Sedan, d'abord saisi de l'affaire, avait au contraire rejeté l'action comme manquant de base parce que « les droits stipulés en faveur du vendeur n'ont reçu aucune atteinte et demeurent entiers ». Ce jugement, rendu au seul point de vue de la promesse de vente sans tenir compte des autres circonstances de l'affaire, était donc favorable à notre théorie.

Au cas de transmission forcée à la suite de saisie ou d'expropriation, le créancier éventuel est encore dépouillé de ses droits au profit du saisissant ou de l'expropriant. Pourrait-il produire dans la procédure de saisie ou réclamer un droit sur l'indemnité d'expropriation ?

II. — *Le stipulant peut-il agir contre le promettant pour préserver son droit resté éventuel ?*

Il y a donc toute une série de cas : danger de perte totale ou partielle, changements opérés par le propriétaire, transmission volontaire ou forcée par le débiteur à un tiers, — où les droits éventuels du créancier de l'avant-contrat sont compromis, et où il aurait par suite intérêt à pouvoir intervenir pour les défendre.

S'il s'agissait d'un créancier ordinaire avec créance ferme et actuelle, il faudrait sans aucun doute l'y autoriser. Mais le bénéficiaire de l'avant-contrat n'a qu'une créance éventuelle ; et cependant son droit de faire naître à tout instant par un simple acte de volonté un nouveau contrat entre lui et le débiteur de l'avant-contrat doit être le fondement d'actions.

Faut-il par analogie lui accorder les mêmes droits qu'au créancier conditionnel (1) ? L'article 1180 autorise celui-

(1) En ce sens Demogue, art. cit., *Rev. trim.*, 1906, p. 282 : « Il nous semble qu'il est impossible en principe de refuser au créancier éventuel la faculté d'accomplir des actes conservatoires. Car du moment qu'une personne a un certain droit, fût-il éventuel, il doit lui être permis de faire les actes nécessaires pour l'empêcher de déperir. Car autant vaudrait dire que l'on n'a pas de droit du tout. » Le dernier

ci à exercer, déjà pendant la période antérieure à la réalisation de la condition, tous les actes conservatoires de son droit ; il peut donc inscrire une hypothèque, faire des actes interruptifs de prescription, agir en vérification d'écritures, produire dans une procédure d'ordre (1). Mais l'article 1180 est le complément de la théorie de la rétroactivité qui n'a pas d'application dans la matière des droits éventuels (2). Et du reste il y a de très sérieuses raisons pour traiter plus rigoureusement le créancier éventuel. Le droit du créancier conditionnel dépend d'un événement extérieur qu'il n'est pas en son pouvoir, ou du moins en son pouvoir exclusif, de faire arriver. Il ne peut donc pas, en amenant réalisation de son droit, couper court aux dangers résultant pour lui des pouvoirs conservés pendant la période de doute par son débiteur. Tout au contraire pour le créancier éventuel. Il est à la fois créancier et débiteur à terme, terme établi dans son propre intérêt et dont la réalisation même et l'époque de réalisa-

membre de phrase en tout cas nous semble contenir une inexactitude. Peut-on dire qu'il n'y a pas de droit si, lorsque ce droit ne peut plus être réalisé, son titulaire conserve une action en dommages-intérêts contre celui par la faute duquel la réalisation est devenue impossible ?

Il convient du reste de remarquer que M. Demogue étudie sous le nom de droits éventuels, à côté des droits résultant d'un avant-contrat, un assez grand nombre de droits ayant une origine différente, et pour lesquels nous n'avons pas ici à nous prononcer.

(1) M. Demogue reconnaît que le créancier éventuel, n'étant pas encore créancier, ne saurait produire à une contribution ou à un ordre comme le créancier conditionnel. — Cf. *loc. cit.*, p. 289.

(2) Cf. *suprà*, p. 38.

tion dépendent de sa seule volonté. Qu'il renonce à ce terme, dont seul il bénéficie, qu'il demande à conclure le contrat définitif, et tous les dangers auxquels il est exposé disparaîtront ; il sera créancier et débiteur actuel, et pourra par conséquent non plus seulement exercer des actes conservatoires de ses droits, mais agir en exécution immédiate des prestations qui lui sont dues.

Que s'il ne veut point encore contracter les obligations qui seront la contre-partie des droits qu'il prétend acquérir, il lui faudra payer la rançon de sa situation privilégiée ; il ne pourra intervenir pour la défense de ses intérêts menacés dans ce qui est resté le patrimoine d'autrui. Il sera réduit à un recours en dommages-intérêts, qui suffit du reste à conserver un caractère sérieux aux avantages obtenus par lui.

Nous avons raisonné jusqu'ici comme si le créancier éventuel pouvait à tout moment, par une simple déclaration, obtenir la conclusion du contrat définitif. Mais le droit éventuel peut être affecté d'un terme : ainsi une promesse de vente d'immeuble, adjointe à un bail du même immeuble, et réalisable seulement à l'expiration de ce bail, ou une promesse de prêt, valable seulement à partir du 1^{er} janvier suivant. Il semble qu'on ne puisse reprocher ici au créancier éventuel de ne pas demander conclusion du contrat définitif, puisque le terme est stipulé en faveur du débiteur.

En réalité la situation est beaucoup moins modifiée qu'il ne paraît. Un créancier à terme peut exercer tous

les actes conservatoires de son droit, puisque ce droit existe déjà et que l'exécution en est seule suspendue. Or si le créancier éventuel ne peut devenir ici créancier actuel, il dépend de lui, en demandant dès maintenant conclusion pour l'époque du terme, d'acquérir un droit à terme ordinaire, qui lui assure une protection efficace de son droit.

Il en serait de même si, comme cela est possible, le droit éventuel était affecté d'une condition (1) ; il dépendrait du stipulant de l'avant-contrat de le transformer en un droit conditionnel ordinaire et par conséquent de pouvoir invoquer l'article 1180.

On est généralement d'accord pour refuser au créancier conditionnel le bénéfice des articles 1166 et 1167 ; nous ne saurions donc *a fortiori* l'accorder au créancier éventuel. Du reste tant que le contrat définitif n'est pas conclu, l'effet de l'action oblique ou de la Paulienne serait singulièrement restreint (1). Sans doute elles feraient rentrer l'objet du contrat futur dans le patrimoine du débiteur

(1) La jurisprudence a eu généralement à se prononcer sur l'hypothèse que nous n'examinons pas ici où l'action paulienne était intentée après demande de conclusion du contrat définitif. Cependant un arrêt de Cassation du 19 décembre 1866, S. 67.2.180, a admis la possibilité d'une action du créancier pour la protection de ses droits encore éventuels : « Tout créancier même éventuel peut faire annuler les actes accomplis par son débiteur en fraude de ses droits. » Il ne s'agissait pas il est vrai, à proprement parler d'un avant-contrat ; le contrat primitif emportait obligation de ne pas contracter avec d'autres qu'un individu donné dans l'avenir, et non pas obligation de contracter avec cet individu sur sa demande.

éventuel ; mais à quoi bon si le créancier de l'avant-contrat n'a pas déjà demandé conclusion du contrat définitif ? Faute d'avoir un droit actuel, il sera dans l'impossibilité de saisir et le débiteur pourra dès le lendemain disposer à nouveau de la chose au profit des tiers (1).

Plus inadmissible encore serait une action tendant à faire interdire judiciairement au promettant d'accomplir certaines modifications dans sa propriété, ou à faire autoriser le stipulant à exécuter certains travaux qu'il juge nécessaires à la conservation de la chose (2). Il y aurait là un empiétement sur le droit de propriété qui ne s'expliquerait que par l'acquisition antérieure d'un droit réel. Le créancier conditionnel n'est pas protégé par la rétroac-

(1) Cf. Demogue, *loc. cit.*, p. 303.

(2) *Contrà*, Demogue, *loc. cit.*, p. 301. — Le créancier éventuel pourrait s'opposer aux dégradations du propriétaire sur la chose promise éventuellement, sans quoi il risquerait d'avoir un droit sans utilité : « On dira sans doute qu'il n'a qu'à user de la promesse et à manifester sa volonté. Mais le pacte a pu lui interdire cette manifestation avant un délai donné ; ensuite il peut avoir encore besoin de réfléchir, d'attendre des événements qui lui dicteront sa conduite ; il se peut qu'il n'ait que plus tard les capitaux pour payer. » Nous avons réfuté par avance le premier argument de M. Demogue : il est possible en effet que le créancier éventuel ne puisse par sa seule volonté devenir créancier actuel ; mais il peut toujours, en renonçant à son droit de ne se décider que plus tard, devenir créancier à terme ordinaire : et comme tel il pourra judiciairement empêcher le propriétaire de dégrader la chose qui lui appartient déjà, quoique pour l'avenir.

Quant au droit du créancier éventuel de ne pas se décider encore, il emporte selon nous une certaine contre-partie d'insécurité, l'impossibilité d'agir comme un créancier actuel ou même comme un créancier conditionnel. Mais il est inexact, nous l'avons vu, d'en conclure que ce droit risque d'être sans utilité ; il a toujours dans l'action en dommages-intérêts une très efficace sanction.

tivité contre les modifications matérielles apportées à la chose, et cependant un tel pouvoir ne lui appartient pas. Ici encore le créancier de l'avant-contrat n'a qu'une ressource : renoncer au bénéfice de l'avant-contrat et demander conclusion immédiate du contrat définitif.

Le débiteur de l'avant-contrat possède par là de puissants moyens de pression pour amener son créancier à diminuer la période d'incertitude précontractuelle, et réduire à néant l'avantage recherché par lui dans l'avant-contrat. Mais par suite du maintien des dommages-intérêts, il n'emploiera ces moyens de contrainte indirecte que si, par suite des circonstances, l'usage par le créancier de la faculté à lui concédée paraît fort improbable ; et ce créancier aura du moins une compensation si, par impossibilité de demander dès maintenant conclusion du contrat définitif, il perd les droits qu'il s'était réservés.

C'est pourquoi, contrairement à l'opinion qui a été parfois soutenue, nous persistons à refuser au débiteur le droit de sommer directement le créancier d'avoir à prendre parti sur l'avant-contrat, ou de l'y faire faire contraindre judiciairement (1). La possibilité pour lui d'accomplir des actes en contradiction avec la concession du droit éventuel n'est pas du tout équivalente.

(1) Cf. *suprà*, p. 46.

**§ 2. — Transmission du droit du stipulant
entre vifs ou par décès.**

Le droit à une obligation de faire est transmissible entre vifs ou par décès comme le droit à une dation ; peu importe que cette obligation de faire soit affectée d'une modalité, terme ou condition ; peu importe aussi qu'elle ne soit qu'éventuelle. Le droit éventuel est restreint dans ses effets, mais, dans la mesure où il existe, il peut être transmis comme tout autre. Le créancier de l'avant-contrat, au lieu de demander réalisation de la promesse pour transmettre aussitôt le droit ainsi réalisé, pourra donc céder directement son droit à la conclusion du contrat d'exécution.

Cependant, chaque fois que la personnalité du bénéficiaire a été prise en considération lors de la conclusion de l'avant-contrat, la cession produira un changement considérable dans la situation du promettant, puisque l'avant-contrat donne au stipulant, non pas le droit de faire naître une créance pure à son profit, mais celui de produire des obligations réciproques à sa charge et à celle de son co-contractant. Si une promesse de vente porte qu'après vente conclue l'acheteur jouira d'un délai pour le paiement, ce délai n'a été accordé qu'à cause de la confiance personnelle qu'inspirait l'acheteur éventuel ; de même la plupart des baux contiennent interdiction de sous-louer sans l'autorisation du propriétaire, tant est décisive la considération

de la personne du locataire ; de même encore c'est de la personnalité de l'emprunteur que dépend la sécurité du prêt.

Göppert (1) a conclu de là que la personnalité du bénéficiaire était un des éléments essentiels de l'avant-contrat, et que par suite, sauf stipulation contraire, le droit d'en demander conclusion était incessible et intransmissible. Cette présomption doit être rejetée ; elle serait souvent contraire aux faits et conduirait à des résultats fâcheux.

Mais elle contient une part de vérité. La cession de dettes est traditionnellement interdite en droit français. Si donc le bénéficiaire de l'avant-contrat peut céder la partie active de son droit, il n'en saurait transmettre la partie passive ; il peut exiger que le promettant de l'avant-contrat verse à son cessionnaire la chose promise en prêt, lui remette la chose promise en gage, le laisse occuper les lieux promis à bail, tout cela par la simple observation des formalités établies par l'article 1690 ; mais si le prêt ou le gage ne sont pas restitués, si le prix de la vente ou le montant des loyers ne sont pas exactement payés, l'obligé de l'avant-contrat conservera son recours intégral contre l'ayant-droit. Celui-ci ne sera pas seulement garant ; il sera seul débiteur et ne peut contraindre celui qui, sur réquisition de son cessionnaire, a conclu le contrat auquel il s'était engagé, à s'adresser à son cessionnaire plutôt qu'à lui.

(1) Göppert, *loc. cit.*, p. 424.

Le droit résultant de l'avant-contrat n'est donc cessible qu'en tant qu'il contient une créance ; mais comme tel il l'est pleinement. Au cas de bail si le contrat ne prive pas le locataire de la faculté de sous-location qui lui est reconnue par l'article 1717, il pourra sous-louer, mais il ne changera rien par là à ses rapports avec le bailleur primitif. Il en sera exactement de même au cas de promesse de bail, si aucune clause spéciale ne vient empêcher la cession de la promesse.

Même restreinte dans ces limites, la cessibilité du droit résultant de l'avant-contrat présente une sérieuse utilité. Il ne faudrait pas croire que le résultat obtenu serait le même, si le stipulant demandait d'abord exécution de l'avant-contrat, pour céder ensuite les droits acquis par lui. Sans doute dans les deux cas se produit la même double opération : réalisation de l'avant-contrat et cession de droits ; mais l'ordre s'en trouve interverti, ce qui, en matière fiscale, entraîne de sérieuses conséquences. En effet, si une promesse de vente d'immeuble était incessible, pour en faire profiter un tiers son bénéficiaire devrait d'abord conclure la vente et payer les droits y afférents, puis revendre au tiers en question, et les mêmes droits seraient pour la seconde fois perçus sur cette vente. Si au contraire la promesse de vente est cessible, la cession de cette promesse entraînera transmission non pas de la propriété, qui est restée au vendeur futur, mais seulement d'un droit éventuel ; elle donnera donc lieu à la

perception du droit fixe sur les cessions de créance au lieu du droit proportionnel de mutation sur les transmissions immobilières (1).

Conformément à la théorie que nous défendons, la jurisprudence admet la cessibilité du droit à la conclusion d'un contrat, réserve faite de l'impossibilité de la cession de dettes. Le tribunal de Marseille, dans un jugement du 21 août 1863, décide à propos d'une promesse de vente adjointe à un bail : « C'était à celui qui prenait l'engagement de vendre à le limiter à la personne du bénéficiaire ; dans le doute que fait naître son silence dans l'acte, le bénéficiaire a stipulé pour lui, les siens et ayants-cause et a donc pu céder un droit qui était transmissible ; pouvant céder son bail aux termes de l'article 1717 auquel l'acte n'a pas dérogé, il a pu céder l'avantage éventuel qui lui était fait par la promesse unilatérale de vente qu'il avait acceptée. » Le jugement était insuffisamment motivé, en ce que n'expliquant pas si la cession du bail privait le cédé de son recours contre le cédant. La Cour d'Aix (2) s'y trompa, et par un arrêt du 21 décembre 1863,

(1) En ce sens : Cass., 13 janvier 1869, S. 69.1.181. — Du reste, dans l'un comme dans l'autre cas, il y aura double droit perçu. Les droits payés pour la cession de la promesse de vente ne seront pas imputés sur ceux que la réalisation de la promesse de vente rend exigibles, puisque les deux opérations sont entièrement distinctes et par leur objet, et par les personnes entre lesquelles elles sont passées. En ce sens : Cass., 10 mars 1886, S. 87.1.83.

(2) D. 66 1.69. Un arrêt de Paris, 2 juillet 1847, D. 47.2.127 donne la même solution que l'arrêt d'Aix.

infirmas pour ce double motif : qu'une semblable promesse n'est pas cessible de sa nature, et que sa réalisation entre le cessionnaire et le souscripteur priverait celui-ci de son recours contre le cédant. Mais la Cour de cassation, par un arrêt du 31 janvier 1866 (1), condamna nettement ces deux arguments, proclamant d'une part que tout ce qui est dans le commerce peut être vendu en vertu de l'article 1598, et que par conséquent, en l'absence de disposition légale contraire, « rien ne s'oppose à ce qu'une promesse de vente devienne l'objet d'une cession », et d'autre part que cette cession ne saurait en aucun cas nuire au souscripteur de la promesse parce que « le cédant, quelles que soient les stipulations intervenues entre lui et son cessionnaire, n'en est pas moins obligé directement envers l'auteur de la promesse ».

Le droit résultant de l'avant-contrat est donc cessible. La capacité nécessaire pour opérer cette cession est celle exigée pour la cession d'un droit mobilier, puisque le droit résultant de l'avant contrat est mobilier quel que soit l'objet sur lequel il porte.

Ce droit est également transmissible à cause de mort. La distinction entre les créances et les dettes, nécessaire pour la cession entre vifs, n'est plus de mise ici ; les mêmes règles sont admises pour les unes et pour les autres en vertu de l'idée de la continuation de la personne du défunt par ses héritiers. Nous avons déjà montré qu'il serait

(1) D. 66.1. 69.

inexact de croire que le droit résultant de l'avant-contrat fût attaché à la personne du stipulant. Sans doute il n'est pas indifférent de prêter à un père ou à son fils, ni surtout à ses fils ; la division de la créance de restitution augmente alors les chances d'insolvabilité. Mais il y a là une éventualité normale, que le promettant devait prévoir et dont il pouvait écarter les conséquences en stipulant soit l'intransmissibilité du droit aux héritiers du bénéficiaire, soit l'indivisibilité de sa créance. Il arrivera cependant souvent, surtout en matière de prêt, que le caractère prédominant de la considération de la personne ressorte de la convention. Mais souvent aussi l'avant-contrat fait partie d'un ensemble d'opérations où, contre la sécurité qu'il lui procure, son bénéficiaire a consenti des concessions. L'équité est alors d'accord avec les principes généraux de notre droit pour empêcher que les héritiers ne soient privés du bénéfice de l'avant-contrat conclu par leur ayant-cause.

SECTION II. — Effets de l'avant-contrat lorsque le stipulant déclare qu'il entend conclure le contrat définitif.

Lorsque le créancier de l'avant-contrat déclare qu'il entend profiter du droit à lui concédé de conclure le contrat définitif, si les choses se passent régulièrement le promettant acquiescera à cette notification. Les parties peuvent se borner à ces déclarations de volonté orales ou écrites et sur leur fondement exécuter le contrat définitif ; mais souvent, désireuses d'avoir une preuve plus complète, elles

rédigeront un acte formel de conclusion. C'est dans ce dernier cas qu'apparaît le plus nettement la succession de deux contrats complets et distincts, sans du reste qu'il y ait là une hypothèse distincte de celle où les parties se contentent du concours des volontés successivement émises. La forme extérieure seule diffère : le contrat définitif est en réalité constitué par l'accord des volontés, datant de la déclaration du stipulant, et non pas par l'acte écrit.

Cette conclusion normale du contrat définitif n'attire aucune observation.

Mais souvent la solution est moins simple, soit que l'objet du contrat ait disparu, soit que le droit promis ait été transmis à un tiers, soit qu'au reçu de la déclaration de son créancier, le promettant de l'avant-contrat se refuse à conclure. Il n'en subsiste pas moins à sa charge une obligation résultant du contrat antérieur. La conclusion du contrat définitif est un acte complexe : envisagée en elle-même, c'est entre les parties qui y procèdent le début d'un rapport de droit, de sorte qu'elle ne semble possible que moyennant leur consentement actuel et si elles ont conservé le pouvoir d'accomplir sur l'objet du contrat les actes convenus ; mais par rapport à l'avant-contrat ce n'est que l'exécution d'une obligation de faire.

C'est à l'aide de cette idée que nous arriverons à résoudre les difficultés de la matière.

Nous distinguerons les cas suivants :

A. — Il y a impossibilité d'exécuter :

1. Par suite de perte totale ou partielle de l'objet.

2. Parce que le droit promis a été transmis à un tiers.

B. — Le promettant refuse de conclure :

3. Par suite d'un changement dans sa propre situation ou dans celle de l'ayant-droit.

4. Sans motifs sérieux.

§ 1. — **Impossibilité d'exécution résultant de la perte totale ou partielle de l'objet du contrat. — Effets des changements ou améliorations opérés par le propriétaire.**

I. — *Perte totale.*

I. — En cas de perte totale, la conclusion du contrat d'exécution devient impossible faute d'objet. Que signifierait la déclaration de la volonté de louer un cheval qui vient de mourir, ou un immeuble qui a été détruit par l'incendie ? La possibilité pour le créancier de l'avant-contrat d'obtenir dans certains cas des dommages-intérêts ne doit pas nous faire illusion. Il avait droit à la conclusion d'un contrat de contenu nettement spécifié, et non pas d'un contrat lui donnant droit de toucher une somme d'argent. L'indemnité ne sera donc pas l'objet d'un nouveau contrat substitué à l'ancien contrat éventuel ; elle sera seulement représentative du tort subi par suite de la non-exécution de l'avant-contrat.

S'il y a eu cas fortuit ou force majeure, l'article 1148 s'appliquera donc, et il ne pourra être alloué de dommages-intérêts. Ce serait du reste une erreur de croire que les risques sont pour le stipulant. Il n'a droit à aucune indemnité parce qu'il n'avait pas encore de droit actuelle-

ment né ; mais c'est le promettant, resté propriétaire, qui supporte une perte sèche, puisque le stipulant ne contracte pas les obligations qu'aurait fait naître à sa charge la déclaration de la volonté de conclure ce contrat d'exécution devenu impossible.

S'il y a eu au contraire faute ou négligence imputable au promettant et qu'il ne justifie pas que l'exécution provient d'une cause étrangère, l'application de l'article 1147 lui imposera le paiement de dommages-intérêts.

Pourtant une grosse difficulté résulte de ce que le stipulant pouvait ne jamais demander conclusion du contrat d'exécution ; il n'avait encore qu'une possibilité de droit, dont peut-être il n'aurait pas fait usage. N'est-il pas à craindre qu'il ne demande à conclure pour profiter des dommages-intérêts qui lui seront accordés, du moment qu'il n'a plus à redouter les charges que pouvait lui imposer le contrat d'exécution ? Dire qu'il y a eu faute de la part du promettant, et que cette faute suffit à justifier des dommages-intérêts, c'est faire une pétition de principes. Cette faute n'existe qu'autant que le stipulant aurait été amené dans l'avenir à demander conclusion du contrat définitif ; or c'est précisément ce qui est douteux. Et si les circonstances avaient dû l'en détourner, toute responsabilité disparaît : nul n'est en effet tenu de veiller avec diligence à la conservation de son propre patrimoine, du moment que la dilapidation dudit ne nuit pas à des tiers (1). Les dom-

(1) C'est pourquoi dans notre section précédente, où, par hypothèse, nous nous plaçons en dehors de la demande de conclure le contrat

mages-intérêts ne doivent représenter que le gain dont le stipulant est privé par l'impossibilité de réaliser l'obligation de faire existant à son profit ; le tribunal les devra donc refuser, s'il apparaît que la demande de conclusion était purement fictive et n'offrait pour son auteur aucun avantage au moment où elle s'est produite à la suite de la perte de la chose. Au contraire, il faudrait postérieurement admettre le stipulant à agir, tant qu'il n'y a pas prescription du droit résultant de l'avant-contrat, si le dommage résultant de l'impossibilité de conclure le contrat définitif vient à apparaître ; alors seulement sa demande d'indemnité aura un substratum réel.

II. — *Perte partielle. — Moins-value naturelle.*

En cas de perte partielle, la conclusion du contrat est encore possible ; de même au cas de dépréciation de l'objet du contrat. Mais, par suite de la diminution de valeur subie par la chose, le droit que s'est assuré le stipulant ne conservera pour lui d'utilité que s'il peut exiger la conclusion avec une réduction de prix.

Il est un cas où il en sera certainement ainsi ; c'est celui où le prix n'était pas fixé dans l'avant-contrat, mais devait être déterminé par experts lors de la réalisation de la promesse (1). Interpréter autrement la convention des parties serait déraisonnable ; si elles avaient voulu

définitif, nous avons refusé au stipulant tout droit à indemnité pour dommage futur possible.

(1) Pothier, *Traité du contrat de vente*, n° 482.

que le prix dû fût celui correspondant à la valeur de la chose lors de l'avant-contrat, elles ne s'en seraient pas remises à des experts de le déterminer ultérieurement, à une époque où les données qui auraient servi à l'évaluation lors de l'avant-contrat seront peut-être changées. Les parties ont décidé que le prix serait déterminé par experts lors de la conclusion du contrat définitif précisément pour se garantir réciproquement contre la possibilité d'une perte trop forte résultant soit de l'augmentation, soit de la diminution de valeur de la chose ; un tel avant-contrat sera donc une convention beaucoup moins aléatoire qu'un avant-contrat ordinaire. La précaution prise par le stipulant pour le cas de dépréciation de la chose lui permettra au cas de perte partielle de laisser la perte à la charge du promettant, si ce dernier tient malgré tout à conclure.

Mais, sauf dans cette hypothèse exceptionnelle, il faudra refuser au bénéficiaire de l'avant-contrat le droit de demander la conclusion avec une diminution du prix. Il a cherché, en concluant un avant-contrat, à s'affranchir des risques pendant la période d'expectative, et il y a réussi. Rien ne l'oblige, si l'objet du contrat ne vaut plus le prix stipulé, à conclure le contrat définitif ; mais on ne saurait lui accorder le droit de contraindre le propriétaire à réaliser en quelque sorte la dépréciation, en concluant au prix actuel. Si le stipulant tient malgré tout à contracter, il prendra à sa charge les risques qu'il aurait pu laisser au promettant.

En pratique il abandonnera en général l'engagement

obtenu dans l'avant-contrat et entamera de nouveaux pourparlers sur la base de la valeur réelle actuelle ; souvent son ex-débiteur lui consentira alors la réduction demandée ; mais il ne pourra pas y être contraint.

Cependant si le promettant est en faute, s'il a par sa négligence laissé perdre partiellement la chose, ou si par des changements opérés il l'a dépréciée ou rendue inapte au service qu'attendait d'elle le stipulant, celui-ci aura une action en dommages-intérêts, fondée sur l'impossibilité où le débiteur s'est placé par sa faute d'exécuter entièrement l'obligation de faire qu'il avait assumée (art. 1148). Mais cette action en dommages-intérêts présentera avec l'action en réduction de prix, dont nous ne reconnaissons pas l'existence, des différences essentielles :

α. Elle ne pourra jamais être exercée en cas de dépréciation résultant des circonstances économiques.

β. Si le stipulant avait droit à réduction partielle du prix, les tribunaux devraient proportionner exactement cette réduction à la diminution de valeur de l'objet du contrat. L'action en dommages-intérêts laissera une plus grande place à l'appréciation du juge ; elle sera basée non sur la diminution de valeur intrinsèque de l'objet du contrat principal, mais sur sa diminution par rapport au stipulant, ce qui est beaucoup plus variable. Soit une promesse de vente d'un immeuble dont une partie est détruite par la faute du propriétaire ; le titulaire de la promesse en demande cependant réalisation. Deux hypothèses peuvent se produire : ou il achète simultanément ailleurs un

autre immeuble équivalent à ce qui a été détruit ; en ce cas les dommages-intérêts seront égaux non pas à la valeur par rapport au prix total de la portion détruite, mais à la somme que l'acheteur a eu à déboursier, ce qui peut être très différent, si depuis la conclusion de l'avant-contrat s'est manifestée une hausse ou une baisse du prix des immeubles ; — ou au contraire il ne peut suppléer à la destruction partielle, et, outre les dommages-intérêts représentatifs de la diminution de valeur subie par son patrimoine (1), il pourra réclamer une indemnité pour la gêne apportée à ses affaires.

γ) Cette action sera totalement indépendante de l'action principale en conclusion du contrat définitif. Elle peut être exercée sans qu'il y ait de demande de conclusion de ce contrat et sera basée justement sur le fait que, par suite de la perte partielle, la conclusion ne présente plus d'avantages pour le stipulant ; il incombera alors au tribunal de déterminer d'abord si réellement les circonstances auraient amené le stipulant à demander à conclure, puis, en cas d'affirmative, l'étendue du dommage qui résulte pour lui de l'impossibilité d'utiliser l'objet partiellement diminué.

(1) Dans l'hypothèse d'une promesse de vente que nous avons choisie, le seul fait de la perte partielle de l'objet du contrat, entraînant une diminution de sa valeur marchande, cause un dommage au bénéficiaire de la promesse. Mais il n'en serait pas de même pour tous les avant-contrats, par exemple pour la promesse de bail. Là la chose partiellement détruite restant dans le patrimoine du promettant, le dommage subi par le stipulant n'est pas basé sur la diminution de valeur de la chose, mais exclusivement sur la gêne qui en résulte pour lui.

III. — *Plus-value naturelle. — Impenses du promettant.*

Les mêmes difficultés qui surgissent au cas où l'objet du contrat est déprécié, se reproduisent lorsqu'il a bénéficié d'une plus-value. Celle-ci peut être naturelle, ou résulter d'améliorations faites par le propriétaire promettant.

La plus-value naturelle ne fait pas obstacle au droit de conclure le contrat définitif au prix fixé dans l'avant-contrat (1). Pothier (2) l'a contesté cependant, en invoquant l'adage : *quem sequuntur incommoda, eundem sequi debent et comoda* ; le promettant, étant presque assuré de se voir laisser pour compte sa propriété si elle subit une dépréciation, devrait du moins profiter des chances de gain sur cet immeuble dont il est resté propriétaire. Sa situation est en effet très défavorable ; mais c'est justement là le but de l'avant-contrat : créer au stipulant une situation de faveur, mettre le promettant à sa disposition. Ce dernier serait donc mal venu à se plaindre de ce qui n'est que la conséquence normale du contrat qu'il a librement consenti.

Cependant la plus-value naturelle aura une influence

(1) Cependant, comme nous l'avons admis au cas de perte partielle, si le prix n'était pas fixé dans l'avant-contrat, mais devait être déterminé par experts lors de la réalisation de la promesse, les experts tiendraient compte de cette plus-value.

(2) Cf. Pothier, *Traité de la vente*, n° 485 ; *Contra*, Bugnet en note. La jurisprudence admet que la plus-value ou moins-value est au bénéfice ou à la charge du propriétaire promettant. Trib. de St-Affrique, 24 février 1899, confirmé Montpellier, 29 juin 1869, D. 72.1.372.

sur l'exécution de l'avant-contrat au cas de promesse de vente d'immeuble, s'il y a lésion de plus des sept douzièmes. Les conditions des articles 1674 et suivants sont réunies, lorsqu'au jour de la réalisation de la promesse le prix y spécifié ne représente pas les cinq douzièmes du prix réel. Il n'est pas besoin pour cela d'une modification de plus de moitié dans la valeur de l'immeuble, si déjà lors de la promesse il avait été évalué trop bas ; il se peut même que dès le jour de cette promesse le prix stipulé ait été assez modique pour justifier une action en lésion ; le promettant ne saurait cependant l'intenter dès ce moment, puisque c'est seulement à l'époque où celui à qui la promesse a été faite déclare vouloir en profiter qu'il y a aliénation. Tant que le contrat d'exécution n'a pas été conclu, il est douteux qu'il doive y avoir lésion ; qu'importe que promesse ait été faite de vendre 40.000 francs un domaine en valant plus de 100.000, si, lorsque le bénéficiaire de la promesse demande à la réaliser, la valeur réelle du domaine est tombée au prix fixé, ou même y est restée sensiblement supérieure, mais sans que cependant désormais les conditions constitutives de la lésion soient réunies ? Ce n'est qu'au moment de la réalisation de la vente que ces deux éléments : valeur intrinsèque de l'immeuble, et prix fixé, peuvent être utilement comparés. Le délai de deux ans, imparti pour l'exercice de l'action en lésion, courra seulement du moment où cette lésion a existé, c'est-à-dire du jour de la vente réalisée (1).

(1) Paris, 26 août 1847, D. 48.2.43 ; Cass., 9 août 1848, D. 48.1.185.

En somme la rescision pour lésion est possible pour une vente, mais non pour une promesse de vente. La circonstance que la vente a été précédée d'un avant-contrat est sans influence sur les règles de la lésion ; mais par suite des fluctuations, parfois considérables, qui se produisent dans la valeur de certains immeubles, elle en pourra être une cause fréquente d'application.

Si la plus-value résultait d'impenses faites par le promettant, le droit du stipulant à conclure le contrat définitif au prix fixé serait plus incontestable encore. Le promettant connaissait l'éventualité à laquelle il s'était antérieurement et librement soumis ; il savait qu'un autre serait peut-être appelé à profiter des améliorations faites par lui ; il les a donc exécutées à ses risques et périls. En décider autrement serait lui laisser un moyen d'échapper par ses dépenses à l'exécution de l'obligation de faire consentie dans l'avant-contrat. Il faudrait, même s'il avait conclu une promesse de vente d'un immeuble, et si les améliorations faites par lui étaient assez considérables pour présenter les conditions constitutives de la lésion, rejeter cependant par une exception de dol son action en nullité.

Un cas analogue à celui que nous examinons est prévu dans le Code : c'est celui de l'usufruitier améliorant le bien dont il n'a que la jouissance. Or l'article 599 dispose : « L'usufruitier ne peut à la cessation de l'usufruit réclamer aucune indemnité pour les améliorations qu'il prendrait avoir faites, encore que la valeur de la chose en

fût augmentée. » C'est la solution que nous préconisons pour le cas du débiteur éventuel, et les motifs de la loi sont aussi les nôtres : des travaux préparatoires il résulte que cette disposition a pour but d'empêcher que le nu-propriétaire ne soit contraint à déboursier des sommes peut-être considérables, pour des travaux dont il n'a pas pris personnellement l'initiative.

Mais la jurisprudence étend aux constructions élevées par l'usufruitier la règle de l'article 599 ; elle admet que le nu-propriétaire a le droit de les conserver sans rien payer (1). Ici nous ne saurions la suivre. Il est inadmissible que le promettant, s'il ne peut obtenir amiablement aucune indemnité pour les dépenses faites par lui, ne puisse pas du moins en retirer le bénéfice au stipulant, en rétablissant les choses dans leur état ancien. Il aura ainsi intégralement rempli ses engagements ; s'il ne peut réclamer un prix plus élevé que celui qui a été fixé, il ne saurait du moins être contraint à livrer plus qu'il n'a promis.

Ici aussi nous avons un texte que nous pouvons appliquer par analogie et qui, même dans la matière de l'usufruit, devrait prévaloir sur l'article 599 pour le point précis qu'il règle : c'est l'article 555 sur les constructions et ouvrages accomplis par un tiers sur un fonds qui ne lui appartient pas. Le propriétaire du fonds a droit ou de demander la suppression des plantations et constructions, suppression qui est alors aux frais de celui qui les a faites,

(1) Cass., 4 novembre 1885, S. 86.1.113.

ou de les conserver, mais en remboursant la valeur des matériaux et le prix de la main-d'œuvre. Sans doute le propriétaire ne devient pas un tiers lors de l'avant-contrat ; il conserve son droit de propriété jusqu'à la conclusion du contrat définitif et le perd alors sans effet rétroactif. Mais les solutions de l'article 555 ne sont pas moins équitables, lorsque le titre, en vertu duquel, postérieurement aux constructions faites, est opérée la transmission de propriété, était antérieur à ces constructions.

Il se peut enfin que les dépenses faites n'aient pas produit une plus-value, que ce soient des dépenses nécessaires ayant eu pour but la conservation de la chose. Pothier voulait que le stipulant eût à les rembourser : « Je serai obligé de vous faire raison de cette impense, puisque c'est une impense que vous ne pourriez vous dispenser de faire, dont je profite et dont il n'est pas juste que je profite à vos dépens. J'y suis d'autant plus obligé que si vous n'eussiez pas fait cette impense, j'eusse été obligé moi-même de la faire » (1) : nous ne saurions admettre cette solution. Le promettant est exposé à l'exercice d'un droit qui le dépouillera de sa propriété ; mais ce n'est là qu'une hypothèse

(1) Pothier, *Traité du contrat de vente*, n° 487. M. Bugnet invoque en note un argument d'analogie tiré de l'article 1673 qui oblige le vendeur à réméré usant du pacte de rachat à rembourser les réparations nécessaires. Mais il faut remarquer que la vente à réméré dans le système du Code civil n'est pas un avant-contrat. L'article 1673 *in fine* indique nettement que les rédacteurs du Code ont voulu en faire une vente sous condition résolutoire. L'argument d'analogie est donc sans valeur.

qui peut ne pas se réaliser, et jusque-là il reste seul propriétaire. Nous n'avons pas admis le stipulant à agir pour l'obliger à faire les dépenses nécessaires à la conservation de la chose, tant que le contrat définitif ne serait pas conclu ; nous devons nécessairement en déduire que les dépenses faites resteront intégralement à la charge du promettant.

Il n'y a pas ici de comparaison possible entre notre matière et celle de l'usufruit.

L'usufruit est un droit essentiellement précaire, de sorte que le nu-propriétaire profite toujours à un moment donné des dépenses faites par l'usufruitier. Souvent même, si l'usufruitier n'était pas assuré du remboursement des impenses nécessaires, il négligerait de les faire, laissant s'aggraver la détérioration dont il espère ne pas trop souffrir ayant sa mort et qui ensuite retombera sur le nu-propriétaire.

La situation est tout autre au cas d'avant-contrat. Il est entièrement inexact de dire, comme le fait Pothier, que les dépenses du promettant tournent au bénéfice du stipulant. Cela apparaît avec évidence si, comme il est fréquent, les circonstances détournent le stipulant d'exercer l'action en exécution. Mais, il faut bien considérer que tel serait habituellement le résultat de la détérioration résultant du défaut d'entretien ; et sans doute le promettant deviendrait alors libre de contracter à son gré avec tout autre ; mais, faute d'avoir fait les dépenses nécessaires, il ne retrouverait probablement pas à le faire aux conditions stipulées dans

l'avant-contrat. En outre le promettant serait exposé à une action en dommages-intérêts pour perte partielle par sa faute de l'objet du contrat (1). C'est donc bien lui qui profite des dépenses utiles, et il n'y a pas lieu de lui en permettre la récupération sur le bénéficiaire de l'avant-contrat, au cas où ce dernier demanderait conclusion du contrat définitif.

§ 2. -- **Impossibilité d'exécution par suite de transmission à un tiers de l'objet du contrat.**

Pour que le contrat définitif puisse être conclu sans obstacles, il ne suffit pas que l'objet de l'avant-contrat existe toujours matériellement ; il faut encore que le promettant soit resté maître d'en disposer. Or ce n'est plus le cas si, postérieurement à la conclusion de l'avant-contrat, il a contracté au profit d'un tiers un engagement contradictoire avec celui pris éventuellement par lui.

Deux questions se posent alors :

1° Qui doit être préféré du créancier de l'avant-contrat ou du tiers ? Celui qui le premier a été titulaire d'un droit, quoique éventuel, ou celui qui, venu plus tard, a eu cependant un droit ferme avant réalisation de l'éventualité ?

2° Quel sera le recours de l'évincé contre le promettant, auteur du contrat avec le tiers ?

(1) Cf. *suprà*, p. 113.

I. — QUI DOIT ÊTRE PRÉFÉRÉ DU CRÉANCIER DE
L'AVANT-CONTRAT OU DU TIERS ?

A. — *Cas où le débiteur de l'avant-contrat a volontairement transmis les droits qui en forment l'objet.*

a) *Transmission à un tiers de bonne foi.*

Le titre formé par l'avant-contrat est antérieur à celui constitué par le contrat avec le tiers ; mais il conférerait seulement un droit de créance subordonné à un acquiescement postérieur, et ne saurait par suite permettre à son titulaire d'être préféré au tiers qui a acquis postérieurement, mais de bonne foi, un droit de propriété ou tout autre droit réel.

M. Demogue (1) arrive à une conclusion opposée. Sans doute il reconnaît qu'il est impossible d'admettre, comme s'il s'agissait d'un droit conditionnel, que le contrat définitif, conclu sur la base de l'avant-contrat, a été parfait dès le jour de la conclusion de cet avant-contrat ; mais il n'en résulterait pas de différence essentielle entre le droit éventuel et le droit conditionnel. M. Demogue ne croit pas que l'idée de la rétroactivité de la condition repose sur une fiction. Suivant lui, au moment où est contractée l'obligation conditionnelle s'opère un dédoublement de propriété ; le débiteur ne conserve plus qu'une propriété temporaire, avec possibilité de maintien de la propriété intégrale au cas où la condition ne se réaliserait pas. Or il ne peut trans-

(1) Demogue, art. cit., *Rev. trim.*, 1906, p. 240 et suiv.

mettre plus de droit qu'il n'en a ; il ne transférera donc au tiers avec lequel il contracterait dans la suite que cette propriété à temps. De même pour les droits éventuels, il n'y a pas rétroactivité lors de la conclusion du contrat définitif ; mais le débiteur n'avait conservé dès l'avant-contrat qu'un droit à temps ; il ne peut donc porter atteinte par des actes de disposition intérimaires aux droits du créancier de l'avant-contrat.

Cette théorie repose sur une quasi-assimilation des droits éventuels aux droits conditionnels que nous avons rejetée (1). Pour nous, la naissance d'un droit de créance éventuel, de réalisation dépendant de la pure volonté de son titulaire, ne saurait opérer aucun dédoublement de propriété.

Sans doute dans notre système la promesse résultant de l'avant-contrat risque d'être vaine, ou du moins de se réduire au droit à une indemnité ; mais il est naturel que la situation privilégiée que s'est acquise le stipulant de l'avant-contrat, en se réservant le droit de conclure ou non à son gré le contrat définitif, entraîne une certaine contrepartie d'insécurité. Cette insécurité serait singulièrement plus grave dans le système de M. Demogue, où elle viendrait frapper les tiers, où tout individu passant un contrat risquerait d'être lésé par ce dédoublement de la propriété, que rien ne vient lui révéler (2).

(1) Cf. *suprà*, p. 30 et suiv.

(2) La situation serait beaucoup plus grave que pour les droits conditionnels qui, du moins lorsqu'ils portent sur un immeuble, sont généralement révélés aux tiers par la transcription ; car nous verrons qu'en France la transcription des droits éventuels n'est pas possible.

b) *Transmission à un tiers de mauvaise foi.*

La situation est très différente si le tiers est de mauvaise foi, c'est-à-dire a connu la promesse antérieurement faite. Il se savait alors exposé à être dépouillé d'un droit, acquis d'un individu qui ne le possédait plus que sous certaines restrictions.

Cette mauvaise foi résultera soit de ce que le tiers a été prévenu par le débiteur de l'avant-contrat, soit de ce qu'il a été prévenu par le créancier.

a) Il arrive souvent que le débiteur de l'avant-contrat transmette à un tiers le droit déjà promis par lui dans cet avant-contrat, mais sans intention frauduleuse et en réservant expressément le cas où le créancier de l'avant-contrat demanderait conclusion du contrat définitif (1). Le tiers est alors, par les termes mêmes de son contrat, obligé de céder au stipulant, sur sa demande, le droit qu'il a acquis. Bien plus le stipulant pourra ne pas tenir compte de la cession de dette opérée en dehors de lui, et agir directement contre son débiteur primitif, sans s'occuper des règlements de compte à intervenir entre son débiteur et le tiers. Il n'y a donc pas en ce cas de difficulté : l'avant-contrat s'exécutera, comme s'il n'y avait pas eu d'autre contrat postérieur conclu sur le même objet.

b) Il se peut d'autre part que le créancier éventuel ait notifié son titre au tiers. En ce cas, quand bien même le

(1) Nancy, 4 avril 1906, S. 06.2.241. Cf. *suprà*, p. 95.

débiteur et le tiers auraient voulu opérer une transmission sans réserve des droits éventuels, le tiers, ayant été dûment averti, serait sous le coup d'une action en responsabilité qui aboutirait, en vertu du système adopté par la jurisprudence (1), à une rétrocession des droits acquis par lui.

Mais il sera très exceptionnel que le stipulant connaisse le contrat qui va se conclure au mépris des engagements pris envers lui. Il ne jouira d'une certaine sécurité que s'il peut, par l'emploi des moyens de publicité prévus dans la loi, constituer d'avance de mauvaise foi tout tiers désirant postérieurement acquérir des droits en contradiction avec les siens. Or cela semblerait possible pour tous les droits pour lesquels la loi a organisé un système d'inscription ou de transcription, c'est-à-dire pour la promesse de vente d'immeuble, pour la promesse de bail d'un immeuble pendant une durée de plus de 18 ans, ou pour la promesse d'hypothèque.

Législativement il y aurait là une solution désirable. Mais notre loi française du 23 mars 1855 ne l'a pas adoptée : il n'y a chez nous de possible que la transcription d'un acte conférant un droit ferme. Non seulement la transcription ou l'inscription d'un droit éventuel, correspondant au droit ferme qui devrait être transcrit ou inscrit, n'est pas obligatoire ; mais elle ne peut même être autorisée, n'ayant pas été prévue dans la loi. Bien préférable-

(1) Cf. *infra*, l'indication de ce système jurisprudentiel, p. 127.

nable à ce point de vue est le système allemand de la *prénotation*. Le paragraphe 883 du nouveau Code civil permet une *prénotation* au livre foncier pour garantir le droit à la constitution ou à l'extinction d'un droit réel immobilier, et le deuxième alinéa du même article spécifie que « l'inscription d'une *prénotation* peut avoir lieu même pour sûreté d'un droit éventuel ou conditionnel ». Le même résultat serait obtenu en Angleterre dans le système du *land transfer act* de 1897 par une *caution*, cette *caution* obligeant le registrar à donner avis à son auteur de toute requête à fin d'immatriculation. Il faudrait modifier en ce sens la loi française ; sans doute la situation du bénéficiaire d'un avant-contrat tendant à concession d'un droit mobilier n'en resterait pas moins précaire ; mais en matière de droits immobiliers il serait efficacement protégé.

Supposons cette réforme législative opérée. Quel serait au juste l'effet de la transcription du droit éventuel ? Elle n'opérerait pas un dédoublement de la propriété de l'objet de l'avant-contrat au profit du stipulant ; autoriser ce dernier à agir contre le tiers, sous prétexte que la transcription du droit éventuel ne permet plus au propriétaire que la transmission d'un droit de propriété diminué, serait admettre que ce droit date de l'avant-contrat, ce que nous avons nié.

Cette transcription ne l'autoriserait même pas à exercer la Paulienne (1). L'article 1167 n'est applicable, que quand

(1) *Contra* : Baudry-Lacantinerie et Saignat, § 75 à propos de la promesse de vente.

le titre du créancier l'invoquant était antérieur à l'acte incriminé ; par là seulement est constituée la fraude. Or ce serait bien le cas si le droit éventuel était une sorte de droit conditionnel, avec effet rétroactif de la déclaration de volonté de l'ayant droit (et du reste la Paulienne deviendrait alors inutile, la rétroactivité suffirait), mais non pas dans notre système où le contrat, manquant d'un de ses éléments essentiels, ne peut valoir que du moment où cet élément vient s'adjoindre aux autres.

L'effet de la transcription ou de l'inscription serait de constituer le tiers de mauvaise foi dans tous les cas. Or la jurisprudence admet que le tiers, complice volontaire de la violation d'une obligation, doit de ce chef réparation au créancier qu'il a lésé (1) ; ici donc le tiers, connaissant l'avant-contrat dont il rend la réalisation impossible, devra des dommages-intérêts au bénéficiaire de cet avant-contrat. Mais les dommages-intérêts ne sont pécuniaires que s'il y a obligation de faire, exécutable seulement par une contrainte sur la personne du débiteur ; chaque fois qu'une réparation en nature, plus adéquate au dommage, peut être obtenue par une simple exécution sur les biens, elle devra être de préférence accordée. Cette réparation conforme au préjudice causé, c'est ici la restitution de la chose acquise en violation de l'avant-contrat. Le tiers

(1) Cf. l'art. préc. de M. Demogue. *Rev. trim.*, 1906, p. 256 et les arrêts cités par lui : Cass., 8 novembre 1904, P. Fr., 05.1.17 ; Paris, 24 novembre 1904, S. 05.2.284 ; Toulouse, 15 novembre 1904, D. 05.2.394.

y sera condamné, chaque fois que sa mauvaise foi sera démontrée.

Le système de la jurisprudence présente de sérieuses lacunes. Si le tiers de mauvaise foi a revendu ou constitué un droit réel à un tiers de bonne foi, le stipulant perdra son recours en nature ; il le perdra encore, faute d'avoir un droit réel le rendant préférable aux autres créanciers, si le tiers de mauvaise foi est devenu insolvable (1). A ce dernier point de vue la transcription ou l'inscription du droit éventuel ne présenterait aucune amélioration.

Mais, outre qu'elle dispenserait de la preuve souvent impossible de la mauvaise foi, elle écarterait l'un des plus graves inconvénients de la théorie jurisprudentielle actuelle. Au cas de promesse de vente ou de tout autre droit susceptible de transcription, suivie de vente nouvelle à un tiers de mauvaise foi, le maintien de l'action en restitution entre les mains du bénéficiaire de la promesse est inadmissible en droit actuel si le tiers a fait transcrire son titre ; la transcription opère en effet transmission de la propriété *erga omnes*. La Cour de Lyon (2) a cependant jugé en sens contraire. Sans doute, dit-elle, la loi de 1855 n'exige pas que le deuxième acquéreur, préférable parce qu'ayant transcrit, ait ignoré la première vente ; « mais autre chose est une connaissance quelconque qu'aurait le second acquéreur de la première vente, autre chose la connaissance que lui en aurait donnée le vendeur lui-

(1) Cf. Demogue, *Rev. trim.*, 1906, p. 256.

(2) Lyon, 6 juillet 1883, D. 85.2.259.

même ». Si donc cette mauvaise foi du second acheteur ressort de l'acte même de vente, son achat, quoique transcrit, tombera du moment où le bénéficiaire de la promesse use de ses droits. Mais la solution de cet arrêt est inadmissible, parce qu'elle va directement contre le but de l'institution de la transcription. Ce but n'est pas en effet de faire préférer l'acheteur le plus intéressant, mais d'assurer aux transactions immobilières une entière sécurité ; celle-ci disparaîtrait vite avec des distinctions du genre de celle de la Cour de Lyon.

Le bénéficiaire de l'avant-contrat sera donc dans l'état actuel des choses réduit à un recours pécuniaire, chaque fois qu'il y aura eu postérieurement transcription ou inscription d'une vente, d'un bail de plus de 18 ans, ou d'une hypothèque consentie à un tiers ; par là il perd presque toujours le bénéfice de la théorie jurisprudentielle sur les dommages-intérêts en nature dus par le tiers de mauvaise foi. La transcription du droit éventuel lui permettrait au contraire d'exercer l'action en restitution en nature dans tous les cas, sauf celui où le tiers de mauvaise foi est devenu insolvable.

B. — *Transmission forcée à un tiers des droits faisant l'objet de l'avant-contrat.*

Cette dernière hypothèse est celle d'une expropriation pour cause d'utilité publique ou d'une saisie.

La jurisprudence a décidé avec raison que le bénéficiaire

d'une promesse de vente n'avait aucun droit sur l'indemnité d'expropriation substituée à la chose avant réalisation de la vente définitive : « L'accroissement ou la diminution de valeur des biens demeure jusqu'à conclusion de la vente au bénéfice ou à la charge des propriétaires ; ils ont donc seuls droit de percevoir l'indemnité qui sera allouée par le jury d'expropriation (1). » Ce jugement aurait pu être plus fortement motivé : l'expropriation rend la conclusion du contrat définitif impossible par la suppression de son objet. Elle est beaucoup plutôt un cas de perte totale de l'objet de l'avant-contrat par suite de force majeure, que de transmission dudit objet à un tiers. L'avant-contrat avait pour unique but de réserver au stipulant la possibilité d'acquérir une propriété déterminée ; ce but étant devenu impossible à atteindre par suite de l'expropriation, il ne saurait être question désormais de poursuivre la réalisation de l'avant-contrat.

Au cas de saisie, la solution serait la même. Si le créancier de l'avant-contrat ne veut pas perdre ses droits, il doit demander à conclure ; il en sera privé s'il n'est pas intervenu à la transmission à la suite de saisie. Une différence entre les deux cas n'apparaîtra qu'au point de vue du droit du stipulant à une indemnité.

(1) Tribunal de Saint-Affrique, 24 février 1869, confirmé par adoption des motifs Montpellier, 29 juin 1869, D. 72.1.372. Il s'agissait d'une promesse de vente adjointe à un bail de terrain pour le moment de l'expiration du bail, au cours duquel le terrain fut exproprié par un chemin de fer. Cf. dans le même sens, Cass., 20 janvier 1862, D. 62.1.364 ; Cass., 25 juillet 1849, D. 50.1.91.

II. — RECOURS DE L'ÉVINCÉ CONTRE LE PROMETTANT AUTEUR
DU CONTRAT POSTÉRIEUR AVEC LE TIERS.

Le tiers acquéreur, nous l'avons vu, sera parfois dépossédé par le bénéficiaire de l'avant-contrat, lorsqu'il est de mauvaise foi. Il aura alors un recours contre son ayant-cause, en vertu de l'obligation de garantie et suivant les règles habituelles de la garantie.

La nature du recours du stipulant contre le promettant, lorsqu'il se voit préférer le tiers, sera différente. Ce sera un recours en dommages-intérêts pour inexécution d'une obligation de faire, dont le quantum sera déterminé suivant les règles habituelles des dommages-intérêts. Ce recours existera toujours en principe : il n'y a d'exception qu'au cas d'expropriation, où l'inexécution résulte de force majeure. Mais la responsabilité restera entière au cas de saisie, la saisie étant assimilable à l'inexécution volontaire de ses engagements par le tiers.

§ 3. — Refus du promettant basé sur un changement dans
la situation du stipulant ou dans la sienne propre.

Le créancier de l'avant-contrat demande conclusion du contrat définitif et il n'y a aucun obstacle à cette conclusion ; matériellement les choses sont dans le même état que lors de l'avant-contrat, juridiquement aussi : aucun contrat n'a été passé entre le promettant et un tiers, en contradiction avec l'obligation de faire assumée dans l'avant-contrat.

Il se peut cependant que depuis l'avant-contrat la situation soit sensiblement modifiée ; ainsi la solvabilité du stipulant, qui paraissait certaine, est devenue douteuse, ou des événements récents ont permis de douter de son honorabilité. Si l'obligation résultant de l'avant-contrat était pour le promettant une prestation sans contre-partie, peu lui importerait ; mais il n'en est généralement pas ainsi : la promesse de vente lui donne droit au prix de la vente, la promesse de bail au paiement des loyers, la promesse de prêt implique restitution au bout d'un certain délai, et le plus souvent paiement d'intérêts. Est-il juste d'obliger le promettant à conclure un contrat qui, presque forcément, aboutira pour lui à une perte ?

Sans doute la loi a pris des dispositions pour protéger celui qui est engagé dans les liens d'un contrat synallagmatique, au cas où son débiteur ne tiendrait pas ses engagements ; l'article 1184 lui donne d'une manière générale un droit de résolution ; le vendeur a un droit de rétention de la chose au cas où l'acheteur ne paierait pas le prix (art. 1612), le bailleur un droit de résiliation si le locataire ne garnit pas suffisamment les lieux loués (art. 1752). Ces droits ne naissent qu'après conclusion du contrat définitif, mais protégeront alors le débiteur de l'avant-contrat, devenu co-contractant du contrat définitif, comme quiconque conclut un contrat synallagmatique. N'est-ce pas là tout ce qu'il peut demander ?

Göppert (1) l'a cru. Pour lui le débiteur de l'avant-con-

(1) Göppert, *loc. cit.*, p. 426.

trat ne peut invoquer que les règles qui, de droit commun, protègent tout débiteur, titulaire en même temps d'un droit à une contre-prestation. Celui qui a promis un prêt ne mérite pas plus de ménagements que celui qui l'a déjà effectué ; or le prêteur n'est pas autorisé à agir en recouvrement de la somme prêtée, parce que la situation de l'emprunteur devient précaire, quoique bien évidemment le prêt ait été consenti en considération de la situation présente favorable de l'emprunteur. Sans doute le promettant ne sera tenu à conclusion du contrat définitif que lorsque l'autre partie exécutera les engagements pris par elle, ainsi après prestation des sûretés promises (gage ou hypothèque en garantie de la restitution d'un prêt, ou du paiement du prix d'une vente pour lequel un terme a été accordé) ; mais il faudrait se garder de voir dans la situation de fortune du bénéficiaire d'une promesse de prêt une sûreté tacitement promise, autorisant à lui opposer lors de la demande de réalisation du prêt une exception basée sur le changement des circonstances.

Regelsberger (1) avait soutenu que la déloyauté dans la conduite d'une partie autoriserait l'autre à refuser conclusion du contrat ; Göpperts'élève aussi contre cette idée. Elle ne serait exacte que si cette déloyauté s'était fait sentir dans la conclusion même de l'avant-contrat, parce qu'il pourrait alors y avoir annulation pour vice du consentement ; mais peu importe que dans l'intervalle de

(1) Regelsberger. *Civilistische Erörterungen*, p. 133.

l'avant-contrat à la demande de conclusion du contrat définitif, la confiance dans le stipulant ait diminué. Il arrive fréquemment que l'une des parties regrette un contrat antérieur ; mais il est de l'essence de l'obligation de ne pas lui permettre pour cela de demander résiliation de ce contrat, à moins qu'elle ne s'en soit réservé la faculté. Si l'on a voulu admettre ici une cause spéciale de résolution des contrats, c'est, d'après Göppert, qu'hypnotisé par le fait que la conclusion d'un nouveau contrat était nécessaire pour réaliser les intentions des parties, on n'a vu dans l'avant-contrat, au rebours de la réalité, qu'un contrat d'efficacité inférieure.

La théorie de Göppert ne nous semble pas tenir un compte suffisant de la complexité de la situation au cas de conclusion d'un contrat définitif sur la base d'un avant-contrat. Sans doute lorsqu'un acheteur bénéficie d'un terme pour le paiement du prix, la vente ne saurait être résiliée sous prétexte qu'il y a lieu de craindre qu'il ne paye pas à l'échéance, si du reste il n'a manqué jusque-là à aucun de ses engagements ; la loi ne prend en considération que le manquement accompli aux obligations assumées, et non une inexécution hypothétique. Mais si le changement des circonstances se produit par rapport à l'avant-contrat entre le moment où l'obligation a été contractée et celui de l'exécution, c'est-à-dire à une époque où, dans un contrat simple, les parties ont perdu le droit de revenir en arrière, autrement que pour inexécution formelle des obligations assumées envers elles, par rapport

au contrat définitif, ce changement intervient dans la période précontractuelle. Dans un contrat habituel, même à terme, l'obligation existe du jour de la conclusion du contrat ; toute modification dans la situation des parties est donc postérieure à la naissance du lien obligatoire. Il en est autrement au cas d'avant-contrat ; le rapport synallagmatique, dont l'exécution par son co-contractant entraînera une perte pour le promettant de l'avant-contrat, ne datera que de la conclusion du contrat définitif, c'est-à-dire qu'il sera postérieur au changement pris en considération. Dans l'un des cas le danger de perte que va courir le débiteur est la conséquence inévitable de l'engagement pris par lui ; dans l'autre au contraire il résultera de la passation d'un nouveau contrat. Au cas de prêt réalisé, il y a situation acquise au profit de l'emprunteur, sur laquelle il faudrait revenir pour éviter au prêteur les dangers auxquels il est exposé, tandis qu'au cas d'avant-contrat de prêt, c'est la remise matérielle à intervenir qui créera le risque pour le prêteur ; il suffit donc pour l'éviter du maintien du *statu quo* : c'est ce qui peut expliquer que l'intérêt du prêteur soit alors préféré à celui de l'emprunteur.

Nous nous sommes presque exclusivement placés jusqu'ici au point de vue, seul examiné par Göppert, d'une aggravation dans la situation du stipulant ; mais la question se pose dans les mêmes termes lorsque le changement de circonstances s'est produit dans la personne du promettant. Un prêteur ne saurait réclamer restitution de la

somme remise par lui, parce qu'il en a ensuite un pressant besoin ; le terme accordé alors qu'il ne prévoyait pas cette gêne à venir, subsiste. Mais s'il n'y a rien encore de définitivement accompli, s'il n'y a pas de situation acquise, sera-t-il obligé de se ruiner pour fournir crédit à autrui ?

Quoi qu'en dise Göppert, il peut y avoir entre les parties une convention tacite, sur laquelle appuyer cette exception tirée d'un changement des circonstances. L'engagement de conclure un contrat dans l'avenir, sur la demande du co-contractant du contrat primitif, serait subordonné au maintien dans sa situation primitive de l'un et de l'autre contractant ; il serait pris avec adjonction de ce que les commentateurs allemands ont appelé une *clausula rebus sic stantibus*. Une décision du Tribunal supérieur de commerce allemand semble considérer cette clause comme toujours sous-entendue dans les opérations de crédit : « Il est sous-entendu dans toute opération de crédit dont l'exécution est différée, que, si, avant l'exécution de la promesse d'ouvrir le crédit, viennent à être connues des circonstances de la situation de l'emprunteur qui constituent pour le prêteur un danger grave, et sont telles que, s'il les avait connues, il n'aurait pas conclu le contrat, le dit prêteur est en droit de ne pas exécuter sa promesse » (1).

Les législations du groupe allemand ont, dans une mesure variable, admis l'existence d'une *clausula rebus sic stantibus*. On en peut distinguer deux classes :

(1) *R. O. H. G.*, 2 novembre 1877, *Sf. Arch.*, t. 34, n° 5, *Entsch. des R. O. H. G.*, t. 23, n° 48, p. 137.

1° Les uns n'ont pas édicté de règles spéciales aux seuls avant-contrats, mais ont admis d'une manière générale une exception de circonstances modifiées pour tous les contrats dont l'exécution est différée, et par conséquent aussi pour les avant-contrats.

2° Les autres ont admis l'existence de la *clausula rebus sic stantibus* pour les seuls avant-contrats, ou même pour certains d'entre eux seulement.

Au premier groupe appartiennent le Code prussien, le Code fédéral des obligations et le nouveau Code civil allemand.

Le Code prussien a consacré les paragr. 377 à 384, 1^{re} partie, titre 5, à la résiliation des contrats pour changement dans les circonstances (*Aufhebung der Verträge wegen veränderter Umstände*). Il pose d'abord en principe qu'en règle générale l'exécution d'un contrat ne peut être refusée en raison du changement des circonstances. Mais si, par suite d'un changement imprévu, le but final expressément indiqué par les deux parties comme étant le leur, ou résultant de la nature de l'affaire, ne peut plus être atteint, chacune d'elles peut se départir du contrat, tant qu'il n'est pas exécuté, en payant une indemnité, si c'est en sa personne qu'a été réalisé le changement (à moins qu'il ne résulte des agissements de son co-contractant), sans indemnité, si c'est en la personne de l'autre partie. L'exception est donc renfermée dans des règles assez restrictives.

L'application des principes généraux posés est faite à la

promesse de prêt (1). Lorsque son bénéficiaire agit en réalisation, le promettant peut lui riposter par l'exception de circonstances changées, surtout lorsqu'après la promesse se sont produits dans la situation personnelle ou pécuniaire de l'emprunteur des changements par lesquels se trouvent diminuées les garanties prises en considération par le prêteur lorsqu'il a souscrit la promesse. Il n'est pas question ici de changement dans la situation du prêteur, mais les termes employés par ces articles montrent nettement que le cas qui y est prévu est seulement celui où l'exception devra être le plus facilement admise ; du reste ils renvoient expressément aux dispositions générales du titre 5 de la 1^{re} partie ; le prêteur pourrait donc refuser pour changement dans sa propre situation, mais en payant une indemnité.

Le Code fédéral a, comme le Code prussien, donné dans son article 96 une disposition générale à tout cas de contrat non encore exécuté, mais beaucoup plus restreinte d'application : « Si l'une des parties est tombée en faillite (2) ou suspend ses paiements, l'autre partie peut se refuser à l'exécution jusqu'à ce qu'une garantie lui ait été fournie pour l'exécution de l'obligation contractée à son profit. » L'article 332 fait l'application de cette idée au prêt promis et non réalisé (3) : « Le prêteur peut, conformément

(1) Code prussien, I, 11, § 656 et 657.

(2) Cf. pour cette question de faillite, la fin du présent paragraphe, p. 144.

(3) C'est à dessein que nous ne parlons pas ici d'avant-contrat, puisque le Code fédéral a rejeté la théorie de la réalité du contrat de prêt,

à l'article 96, se refuser à livrer la chose promise, si, depuis la conclusion du contrat, l'emprunteur est tombé en faillite ou bien a suspendu ses paiements. Il a même ce droit en cas de faillite ou de cessation de paiements antérieure au contrat, s'il n'en a eu connaissance qu'après s'être engagé. »

Le nouveau Code civil allemand aussi, a, dans son paragraphe 610, prévu l'exception au cas de promesse de prêt : « Quiconque promet de réaliser un prêt de consommation peut dans le doute révoquer sa promesse, lorsque la situation de fortune de l'autre partie subit une aggravation essentielle, mettant en péril la prétention au remboursement. » Remarquons : 1° qu'à la différence du Code fédéral le Code allemand n'admet pas le refus d'exécution lorsque la situation du stipulant se révèle avoir été antérieurement à l'avant-contrat beaucoup plus défavorable qu'on ne le supposait ; 2° que l'exception n'est pas sans doute limitée au cas de suspension des paiements comme dans le Code fédéral, mais que le Code allemand ne se contente pas de la simple diminution de solvabilité exigée par le Code prussien ; il veut une aggravation essentielle (1) ; 3° que l'exception est expressément restreinte au cas de changement dans la situation de l'emprunteur.

Le Code allemand avait déjà adopté d'une manière beau-

et que par suite, lorsqu'est signée une promesse de faire un prêt, nous sommes en présence d'un contrat de prêt et non d'un avant-contrat. Cf. chap. V, section 2.

(1) *A fortiori* sommes-nous loin du critérium subjectif de confiance dans l'autre partie, adopté par le Code autrichien. Cf. *infra*, p. 142.

coup plus générale pour les contrats synallagmatiques les principes qui ont été repris dans le paragraphe 610 pour le prêt. Paragraphe 321 : « Celui qui en vertu d'un contrat synallagmatique est obligé à exécuter le premier, peut, lorsqu'après conclusion du contrat il se produit dans la situation patrimoniale de l'autre partie une diminution de valeur essentielle, susceptible de mettre en péril la prétention relative à la contre-prestation, refuser la prestation qui lui incombe, jusqu'à ce que la contre-prestation ait été effectuée ou qu'une sûreté ait été fournie en ce qui la concerne. » Il a donc suivi la même méthode générale que les Codes prussien et suisse, c'est-à-dire posé un principe d'ensemble, puis fait une application spéciale à l'avant-contrat de prêt, où la mesure paraît particulièrement utile. Mais il faut remarquer que le paragraphe 321 n'a, à la différence des articles correspondants des Codes précités, visé que les contrats synallagmatiques ; par suite, comme le prêt est resté en droit allemand un contrat unilatéral, le paragraphe 321 serait inapplicable, tant avant qu'après la conclusion du contrat réel de prêt ; le paragraphe 610 n'est donc pas un simple rappel d'un principe déjà posé, mais une extension à un cas qui n'y était pas compris.

Pour les trois législations que nous venons d'examiner, les objections de Göppert perdent leur valeur, puisque la règle appliquée aux avant-contrats n'est qu'un cas particulier du système institué pour la protection de tout débiteur qui n'a pas encore exécuté, lorsqu'il apparaît qu'il

ne pourra pas obtenir la contre-prestation à laquelle il a droit. Il en est autrement de celles que nous allons étudier maintenant.

Le Code saxon n'admet l'exception que pour le prêt à usage et le dépôt. Art. 1175 : « Celui qui promet de prêter une chose à usage est obligé de la remettre, sauf s'il en a besoin lui-même par suite de cas non prévus à l'avance. » Art. 1261 : « Celui qui promet la garde d'une chose est obligé de la recevoir, sauf si des circonstances non prévues d'avance se produisent, telles que, si elles avaient été antérieures, il ne se serait pas obligé à la garde. »

Pour le prêt à usage le Code civil français contient une disposition beaucoup plus grave. Art. 1889 : « Si, avant le terme convenu, ou avant que le besoin de l'emprunteur ait cessé, il survient au prêteur un besoin pressant et imprévu de sa chose, le juge peut, suivant les circonstances, obliger l'emprunteur à la lui rendre ». Cet article fonde un droit de restitution et non plus seulement de non-exécution : mais ce dernier droit devrait être *a fortiori* admis par les tribunaux, puisqu'il serait parfaitement déraisonnable de forcer à remettre en exécution de l'avant-contrat, pour autoriser aussitôt à reprendre conformément aux règles établies pour le contrat définitif.

Le motif de ces dispositions semble être dans le Code français la gratuité de l'opération. De la gratuité peut en effet dans le dépôt et dans le prêt à usage résulter pour le promettant une moins grande force du lien obligatoire. En outre ce sont là deux contrats réels, et il n'est pas sans

intérêt de remarquer que, même dans les législations qui inscrivent de façon générale dans la loi le principe du refus d'exécution pour changement dans les circonstances, les seules applications spéciales faites dans la matière des avant-contrats le sont précisément pour le contrat réel de prêt. Sans doute c'est celui où les risques de perte sont en général le plus considérables ; mais ils seraient identiques en matière de vente si un terme avait été concédé pour le paiement du prix. En réalité, c'est par une conséquence de la théorie classique du contrat réel que le Code prussien et le Code allemand ont expressément formulé pour le prêt plutôt que pour la vente le droit de refuser l'exécution par suite d'un changement dans les circonstances. Il est universellement admis que l'avant-contrat tendant à un contrat réel est obligatoire ; mais la caractéristique du contrat réel n'en est pas moins de n'être conclu que par la prestation de la chose ; l'obligation antérieure apparaît donc, faute d'un élément essentiel, moins absolue que celle de conclure un contrat consensuel. De là vient la plus grande facilité accordée en la matière pour ne pas s'obliger définitivement (1).

Seul le Code autrichien fait de la *clausula rebus sic stantibus* une règle générale pour tous les avant-contrats et pour eux seuls. Son article 936 dispose : « La stipulation

(1) Sans doute notre explication ne vaut plus pour le Code fédéral qui a rejeté la théorie des contrats réels. Mais la disposition spéciale au prêt y est le résultat d'une imitation inconsciente des législations antérieures. — Cf. pour cette matière des contrats réels la 2^e section de notre chapitre V.

par laquelle on convient de conclure un contrat dans l'avenir n'est obligatoire que lorsque les circonstances n'ont pas changé dans l'intervalle de manière à ce que le but expressément déterminé ou résultant des circonstances ait été rendu impossible, ou encore que la confiance de l'une des parties dans l'autre ait été détruite. » Le Code autrichien est donc très large dans l'admission du refus d'exécuter : il n'est pas nécessaire qu'il y ait une diminution apparente dans la sécurité présentée par le stipulant ; il suffit que le promettant ait eu de justes motifs de perdre sa confiance en lui ; et cela pourrait, semble-t-il dans le silence du texte, résulter de la découverte de faits antérieurs à l'avant-contrat, mais inconnus alors. Par contre le changement dans la situation du promettant ne rendant pas impossible la réalisation du but poursuivi par les parties et ne diminuant pas la confiance en la solvabilité de l'ayant-droit, ne suffirait pas à fonder l'exception.

En droit français, les parties pourraient évidemment insérer dans leur contrat une *clausula rebus sic stantibus* ; une pareille stipulation serait valable. Mais dans le silence de notre Code les tribunaux ne seraient pas autorisés en principe à présumer l'existence d'une pareille clause, et à accorder aux parties un droit de retrait analogue à celui du Code autrichien ou du Code prussien. Et il y a là une lacune regrettable. Sans doute l'admission de la *clausula rebus sic stantibus* porterait atteinte au principe de la force obligatoire de l'avant-contrat. Mais elle serait équitable et

rationnelle étant donné le dédoublement du contrat opéré par les parties. Lorsque le contrat définitif n'est pas encore conclu, s'il était à craindre qu'après conclusion l'une des parties n'exécutât pas les obligations qu'elle a souscrites, ne vaut-il pas mieux donner à l'autre partie le droit de refuser de passer ce contrat, plutôt qu'être réduit ensuite à employer les palliatifs de l'article 1184 ?

Il est une hypothèse où la situation se présente avec une gravité particulière : c'est celle de faillite (1). Lorsque le stipulant est tombé en faillite, le promettant ne sera-t-il pas par là même délié de l'obligation de conclure le contrat définitif sur sa réquisition ? A notre avis il n'en est rien : le syndic de faillite pourra réclamer exécution de l'avant-contrat passé par le failli ; le droit éventuel est resté dans le même patrimoine ; l'administrateur de ce patrimoine seul a changé ; il n'y a rien là de nature à affranchir le promettant des obligations contractées par lui. Du reste il n'est pas soumis à la loi du dividende, puisqu'il est créancier de la masse et non du failli.

Cependant les usages du commerce sont pour l'hypothèse d'une ouverture de crédit contraires à la solution que nous venons de donner ; la faillite du crédité la résilierait de plein droit. On estime qu'il y a eu dans l'ouverture de crédit considération prédominante de la personne du créancier et que par conséquent le prêteur a entendu

(1) Cf. Bonnichon, *Des effets de la faillite et de la liquidation judiciaire sur les contrats antérieurs*, thèse Paris, 1900.

faire crédit au failli, mais nullement à la masse qui prend la suite de ses affaires.

En tout cas notre solution s'imposerait certainement au cas de promesse de vente ou de promesse de bail. Le seul arrêt qui statue sur la question s'est prononcé dans le sens que nous préconisons (1). Le syndic de la faillite avait cédé à un tiers le droit à la réalisation d'une promesse de vente stipulée seulement pour un terme non encore échu ; l'auteur de la promesse soutint qu'elle était annulée par l'état d'insolvabilité actuelle du stipulant. La Cour le débouta avec les motifs suivants : « Rien ne démontre qu'à l'époque fixée pour la réalisation de la promesse, le syndic, s'il continuait l'exploitation dans l'intérêt de la masse, ou le failli, s'il est remis à la tête de ses affaires, ne sera pas en mesure de satisfaire l'obligation de garantie incombant au cédant... Si au moment de la réalisation le paiement est effectué, il importera peu de savoir si la somme provient des deniers du cédant ou de ceux du cessionnaire de la promesse, et si le paiement comptant n'est pas offert, les promettants seront déliés vis-à-vis du cessionnaire et du cédant. » La faillite n'amène donc même pas déchéance du terme stipulé ; la loi n'établit cette déchéance qu'au regard des créanciers qui produisent au passif.

De même si le failli était bénéficiaire d'une promesse d'achat, la masse pourrait obliger le promettant à acheter ;

(1) Douai, 30 juillet 1883, D. *Rép.*, *Sup.*, V^o *Faillite*, n^o 426.

s'il était bénéficiaire d'une promesse de bail, la masse pourrait réaliser le bail en son lieu et place.

Au cas où le promettant serait tombé en faillite le stipulant conserverait ses droits ; mais, comme tout créancier, il serait déchu du terme dont il bénéficie et obligé de se soumettre à la loi du dividende. Il sera donc très rare qu'il demande exécution de l'avant-contrat ; il y pourra avoir intérêt cependant, s'il est titulaire d'une promesse de vente, et que la valeur de l'immeuble qu'il veut acheter ait considérablement augmenté, sans que cependant cette augmentation donne ouverture au profit de la masse à une action en rescision de la vente pour lésion.

§ 4. — Résistance injustifiée du promettant.

Si le débiteur de l'avant-contrat se refuse à conclure le contrat d'exécution, sans pouvoir invoquer de *clausula rebus sic stantibus* sous-entendue, simplement parce qu'il a changé d'avis, sera-t-il seulement passible de dommages-intérêts, ou le contrat prévu peut-il au contraire être conclu et exécuté, malgré sa résistance ? Si nous nous prononçons pour la première solution, le contrat définitif apparaîtra comme un véritable contrat, que le promettant est libre de ne pas passer, moyennant paiement d'un dédit ; dans la seconde hypothèse au contraire, son caractère nécessaire devient prédominant, et il n'est plus en quelque sorte qu'une phase de l'exécution de l'avant-contrat.

L'avant-contrat donne naissance à une obligation de

faire, subordonnée à la déclaration de volonté postérieure concordante du créancier de cette obligation ; après cette déclaration l'obligation de faire devient pure et simple. L'article 1142 prononce que « toute obligation de faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur ». S'il fallait l'appliquer en toute circonstance, le stipulant n'aurait droit qu'à une indemnité, sur refus du promettant de conclure le contrat d'exécution. Telle est la théorie de Göppert (1) : au cas où les moyens de contrainte indirects restent sans effets, le juge ne pourra que liquider l'intérêt du créancier à la conclusion du contrat.

Mais une semblable interprétation de l'adage latin : *Nemo præcise cogi potest ad factum*, et de l'article 1142 de notre Code civil constitue une erreur manifeste (2). Il faut toujours viser à l'exécution en nature de l'obligation assumée ; mais si l'on peut employer pour y parvenir la contrainte sur les biens, il n'en saurait être de même de la contrainte sur la personne. L'article 1142 a pour but d'empêcher de recourir à celle-ci, même lorsqu'elle serait efficace ; il doit être envisagé comme une règle exceptionnelle et non pas comme une règle générale. C'est bien ainsi qu'il a été compris par les rédacteurs du Code : « Nul, dit Bigot de Préameneu, ne peut être contraint dans sa personne à faire ou à ne pas faire une chose ; si cela était possible ce

(1) Göppert, *loc. cit.*, § 4, *in fine*. Cf. pour les conséquences qu'il en déduit, *suprà*, p. 52, 56, 132.

(2) Cf. Massin, *De l'exécution forcée des obligations de faire ou de ne pas faire*. Thèse Paris, 1893.

serait une violence qui ne peut pas être un mode d'exécution des contrats. »

Nous pourrions donc laisser de côté l'article 1142, si, pour poursuivre directement la réalisation des effets que produira le contrat définitif, il suffisait d'exécuter l'avant-contrat. Mais ce dernier ne donne par lui-même aucun droit à l'exécution en nature du contrat définitif : il permet seulement d'en demander conclusion. Or cette conclusion suppose le consentement du promettant, qui justement ne peut être obtenu que par une contrainte sur la personne. L'article 1144, qui donne la mesure dans laquelle doit être restreinte l'application de l'article 1142, prévoit que le créancier peut être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur ; mais comment suppléer un consentement, c'est-à-dire le plus personnel de tous les faits ? Là ou jamais la contrainte indirecte semble devoir être inefficace, et par suite la substitution de dommages-intérêts à l'obligation prévue par l'article 1142, inévitable.

Il est cependant deux moyens de résoudre la difficulté :

1° Faire conclure le contrat par autorité de justice, et l'exécuter ensuite comme tout autre contrat ;

2° Réputer le contrat conclu par la simple déclaration du stipulant, et recourir à la justice, pour obtenir non plus la conclusion du contrat définitif, mais son exécution forcée.

I. — La première solution, qui consiste à suppléer au

consentement par le jugement de condamnation, était déjà préconisée par Pothier pour les promesses de vente (1). Pothier estime que le principe : *nemo præcise cogi potest ad factum*, ne s'applique qu'aux obligations de faits extérieurs et corporels (2) ; mais quand le fait, objet du contrat, est, comme dans la promesse de vente, la dation d'un consentement, il peut être suppléé par décision du juge. Mais admettre ainsi qu'une décision du juge vaut consentement d'une partie récalcitrante, c'est en réalité créer une fiction légale ; or cela est impossible, en droit français actuel, en dehors d'un texte.

Ce texte existe en droit allemand. Le paragraphe 779 du Code de procédure civile (3) prononce : « Lorsque le débiteur aura été condamné à faire une déclaration de volonté, cette déclaration sera censée faite, aussitôt que le jugement aura acquis autorité de chose jugée. » Cette disposition marque l'abandon complet de l'ancien principe : *nemo præcise cogi potest ad factum*. Sans doute il restera encore impossible d'obliger directement un acteur à jouer un rôle, ou un peintre à faire un tableau, mais simplement parce qu'on ne saurait contraindre directement quelqu'un à accomplir les actes matériels auxquels il s'est engagé, et qu'il s'agit là de faits dans l'accomplisse-

(1) Pothier, *Traité du contrat de vente*, § 479.

(2) Pothier cite comme type de l'obligation de faits extérieurs et corporels, celle de copier des cahiers. L'exemple est singulièrement choisi, car c'est là précisément un des engagements que le créancier pourra le plus facilement faire exécuter par un autre aux dépens du débiteur, suivant le système adopté par l'article 1144.

(3) Promulgué en 1877.

ment desquels le promettant ne saurait être utilement suppléé par un autre ; mais la résolution en dommages-intérêts des obligations de faire se trouve, comme il est logique, réduite à ce seul cas. Lorsqu'il s'agit d'un consentement à donner, l'exécution forcée directe est impossible ; mais comme il s'agit d'un acte psychique, la loi établit une fiction légale d'exécution. Le stipulant recourra donc aux tribunaux en cas de résistance injustifiée du promettant ; il obtiendra conclusion malgré cette résistance, en vertu du paragraphe 779, puis poursuivra par les voies ordinaires, en vertu des paragraphes 769, 771 et 774, l'exécution du nouveau contrat ainsi conclu.

II. — Au système suivi par Pothier et par le Code allemand, nous préférons de beaucoup le second ; la création d'une fiction légale constitue une complication inutile.

L'avant-contrat fait naître à la charge du promettant l'obligation de conclure le contrat définitif, si le stipulant le demande. Le promettant a donc par avance adhéré à ce dernier contrat ; ce n'est pas de lui, mais du stipulant qu'est venu l'obstacle à la conclusion immédiate ; pour lui il a accompli tout ce qui était en son pouvoir pour aboutir à cette conclusion ; il ne doit plus avoir qu'un rôle purement passif. Le stipulant au contraire n'a fait jusque-là que prendre acte du consentement du promettant, mais, jusqu'à nouvel ordre, il a réservé le sien ; de lui seul dépend désormais la conclusion du contrat définitif.

Ce contrat apparaît comme une opération se divisant en deux phases : le premier acte, celui qui incombe au promettant, est terminé par la conclusion de l'avant-contrat ; le second, celui qui comporte l'intervention active du stipulant, n'est joué que plus tard. Quand vient se joindre au consentement déjà donné du promettant le consentement du stipulant, le contrat définitif est conclu. A quoi bon exiger du promettant une nouvelle déclaration de volonté ? son consentement a déjà été donné sans restrictions ; l'autre partie en a pris acte. Il n'y a pas à le demander de nouveau ; il est.

De récents arrêts ont admis notre système. Un locataire, titulaire d'une promesse de vente de l'immeuble loué, avait, sans procéder préalablement à une réalisation de la vente, revendu à un tiers ; celui-ci, regrettant ensuite le prix auquel il avait contracté, demanda annulation de cette vente, sous prétexte que le bénéficiaire d'une promesse de vente, n'étant titulaire que d'un droit éventuel, ne pouvait céder un terrain dont il n'était pas propriétaire. Mais le Tribunal de la Seine, la Cour de Paris et la Cour de cassation le déboutèrent successivement. « L'acceptation d'une promesse de vente, décide l'arrêt de Cassation, résulte implicitement, mais nécessairement, du fait même de la vente. Rien ne s'opposait à ce que le titulaire de la promesse de vente donnât en même temps son adhésion à cette promesse et son consentement à la vente opérée au profit du demandeur » (1).

(1) Cass., 12 décembre 1898, S. 99. 1. 88.

Il n'est donc pas besoin, pour que le contrat définitif soit conclu, que le promettant y coopère comme le voudraient certains auteurs allemands (1) ; il n'aura après la conclusion de l'avant-contrat qu'un rôle passif.

En outre le contrat définitif peut être tacitement conclu. Par suite, quand un acte de conclusion est dressé, cet acte ne fait que constater un contrat qui produisait tous ses effets dès l'instant de la déclaration de volonté conforme du bénéficiaire de l'avant-contrat.

La solution que nous préconisons et qu'adopte l'arrêt que nous venons de rapporter, n'est autre que la solution admise chaque fois qu'il y a eu offre de contracter. L'auteur de l'offre n'a pas, lors de l'acceptation, à exprimer de nouveau son consentement ; son consentement antérieur est censé maintenu, et le contrat entre par conséquent en vigueur à l'instant de l'acceptation.

L'analogie entre l'avant-contrat, contrat obligeant une seule des parties à conclure un contrat sur la demande de l'autre, et l'offre de contracter, offre par laquelle l'offrant s'oblige à conclure un contrat, si le destinataire de l'offre y consent, apparaît en effet frappante. Mais il n'y a pas identité. L'avant-contrat aboutit bien à l'émission d'une offre dont l'acceptation par le destinataire constitue le contrat définitif. Mais si la phase finale de la combinaison est conforme au processus de l'offre, la phase préparatoire

(1) « L'avant-contrat est le contrat engendrant obligation de coopérer à la conclusion du contrat projeté. » Degenkolb, *loc. cit.*, § 2, *in fine*.

était différente, et cela produit entre l'offre émanant de la volonté unilatérale d'un individu, et l'offre résultant d'un avant-contrat des différences essentielles.

L'offre de contracter est en principe révocable *ad nutum*. L'adhésion du destinataire, qui suffit pour conclure le contrat tant qu'elle n'a pas été retirée, devient inopérante du moment où son retrait a été notifié au destinataire. Et ces solutions sont logiques : en exigeant pour la conclusion d'un contrat le consentement des deux parties, la loi veut parler de leurs consentements présents. Dès l'instant où l'offrant refuse de contracter, le consentement nouvellement émis par le destinataire de l'offre ne peut plus rencontrer que le consentement passé de l'auteur de l'offre ; pour que le contrat soit conclu, il faudrait admettre que la déclaration de volonté de l'offrant a pris en dehors de lui une existence propre et que ses actes postérieurs restent sur elle sans efficacité.

Faut-il appliquer ces principes à l'avant-contrat ? Nous arriverions alors aux résultats suivants : quand le promettant n'a pas notifié au stipulant son intention de ne pas exécuter l'engagement pris, celui-ci conclura par sa seule déclaration le contrat définitif et n'aura ensuite à en poursuivre judiciairement que l'exécution. Le refus de conclure du promettant serait inopérant ; le stipulant ne lui demande pas son consentement : il lui notifie le contrat conclu (1). L'application de la pure théorie de

(1) Ainsi dans l'espèce de jurisprudence relatée plus haut, où la question ne se posait pas, puisque le promettant n'avait pas protesté

l'offre produirait donc dans cette hypothèse les résultats que nous préconisons.

Mais si au contraire le promettant prenait les devants et prévenait le stipulant de son intention de ne pas conclure le contrat définitif, il opérerait par là retrait de l'offre contenue dans l'avant-contrat. Le bénéficiaire de l'avant-contrat serait réduit à une action en dommages-intérêts contre son débiteur dont la mauvaise volonté l'a dépouillé d'un droit acquis ; cette action suffirait déjà il est vrai à montrer sa situation privilégiée par rapport au destinataire d'une offre contractuelle, puisque l'offre n'est pas obligatoire pour son auteur et ne donne par conséquent pas droit à une indemnité à son destinataire.

Mais même pour l'offre non contractuelle, ces solutions, seules logiques si l'on part de l'idée que la volonté unilatérale ne saurait être créatrice d'obligations (1), ont été abandonnées pour la grande majorité des cas. Demolombe, suivi par la jurisprudence, a édifié un système bâtard et théoriquement indéfendable (2).

contre la conclusion de la vente, son intervention en faveur du tiers aurait été inopérante, parce que postérieure à la conclusion irrévocable du contrat.

(1) Et telle est bien l'idée traditionnellement admise jusqu'à ces dernières années par toute la doctrine. « De même, disait Pothier, que je ne puis par ma seule volonté transférer à quelqu'un un droit dans mes biens si sa volonté ne concourt pas pour l'acquérir, de même je ne puis pas par ma promesse accorder à quelqu'un un droit contre ma personne, jusqu'à ce que sa volonté concoure pour l'acquérir, par l'acceptation qu'elle fait de ma promesse. » Et Demolombe exprime la même conception dans cette brève formule : « On ne contracte pas tout seul. »

(2) Demolombe, t. 24, § 63 et suiv.

Si l'auteur de l'offre s'est expressément engagé à ne pas la retirer avant une certaine époque, le destinataire doit être présumé avoir accepté ce délai qui est tout à son avantage ; s'il ne répond pas, c'est qu'il use de ce délai pour réfléchir avant d'accepter ou de refuser. Le retrait de l'offre par son auteur, avant l'expiration du délai qu'il a lui-même fixé, sera donc inopérant.

Demolombe va plus loin : la fixation d'un délai peut être tacite. Elle sera présumée toutes les fois qu'il s'agit d'une offre commerciale faite par lettre ; il est alors égal au temps nécessaire à celui à qui l'offre a été adressée pour faire parvenir son acceptation.

Reste donc seule régie par les règles de l'offre non contractuelle l'offre non commerciale faite sans délai expressément fixé. On est en droit de se demander pourquoi Demolombe admet en ce cas la possibilité de révoquer l'offre jusqu'à l'acceptation ? S'il est nécessaire, pour donner à l'offre commerciale un caractère sérieux, de présumer que son auteur entendait s'engager à la maintenir pendant un certain délai, il doit en être de même de toute offre. Celui qui s'adresse à un autre pour lui proposer une affaire, doit lui laisser le temps nécessaire pour réfléchir et pour répondre. Nous arriverions alors à la formule suivante : l'offre de contracter est obligatoire pour son auteur, pendant tout le temps stipulé par lui, s'il a prévu un délai d'acceptation, et sinon pendant le temps normal nécessaire au destinataire de l'offre pour faire connaître sa décision.

Mais, ainsi conçue, l'offre non contractuelle se rappro-

che singulièrement de l'offre résultant d'un avant-contrat. Il y a même liberté pour le destinataire de l'offre, même obligation pour son auteur. En réalité, en présumant l'adhésion tacite du destinataire au délai qui lui est fixé, Demolombe substitue à l'offre unilatérale une offre contractuelle ; il présume un avant-contrat tacite, obligeant pour un temps de... l'un des contractants à conclure sur la demande de l'autre un second contrat, dont les conditions sont déterminées. Or cette présomption est très souvent contraire aux faits. Celui qui reçoit l'offre n'y apporte aucune attention, ou à la ferme intention de n'en pas profiter ; il n'y a pas eu en réalité d'avant-contrat conclu. Cependant si l'offrant déclare, avant l'expiration du délai qu'il avait fixé, revenir sur l'offre faite, puis que, postérieurement, mais toujours avant le terme stipulé, le destinataire, changeant d'avis, déclare accepter l'offre, le contrat sera conclu, malgré l'opposition de l'une des parties, parce que, contrairement aux faits, la conclusion d'un avant-contrat liant cette partie aura été présumée. Le système de Demolombe et de la jurisprudence repose donc sur une présomption vicieuse.

Cependant, une fois cette présomption admise, n'y aurait-il pas identité entre l'offre unilatérale accompagnée d'un délai exprès ou tacite et l'offre résultant d'un avant-contrat ? La distinction de l'avant-contrat et de l'offre simple deviendrait alors inutile.

Une différence importante subsisterait toujours entre le délai tacite de l'offre simple et le délai tacite de l'avant-

contrat. Le premier, nous venons de le voir, est seulement égal au temps nécessaire au destinataire, d'après les circonstances, pour faire parvenir sa réponse. Au contraire l'avant-contrat, à défaut de terme exprès, ou d'une réduction à une plus courte durée résultant des circonstances, est exécutable pendant trente ans.

Mais la distinction s'accuse profonde, parce que Demolombe n'a passuivi jusqu'au bout son système et a conservé pour l'offre accompagnée d'un délai plusieurs solutions qui ne pourraient logiquement être admises que si l'offre était révocable à son gré par son auteur.

Suivant lui la mort ou l'incapacité de l'auteur de l'offre survenant pendant le délai stipulé, empêcheraient la conclusion du contrat prévu ; en effet, si l'acceptation de l'offre était encore possible, comme le contrat daterait du jour de cette acceptation et non du jour de l'offre, il serait conclu avec un mort ou avec un incapable. Ceci est vrai, mais cesse d'être anormal si l'on admet que l'offre doit être maintenue malgré son retrait par son auteur ; le contrat conclu au jour de l'acceptation sera en ce cas conclu avec un non-consentant. Or l'idée de la loi, c'est que, pour qu'un contrat soit conclu, les deux parties y doivent consentir au moment même de la conclusion ; c'est dans ce but seulement qu'elle exige l'existence et la capacité des contractants. Si, comme l'admet Demolombe, un contrat peut être conclu par la rencontre du consentement actuel de l'une des parties avec le consentement ancien de l'autre, censé maintenu malgré la volonté actuellement

contraire de son auteur, il n'y a plus aucune raison de ne pas admettre qu'un contrat puisse être conclu entre un vivant et un mort, entre un capable et un incapable, pourvu que ce mort ou cet incapable aient autrefois consenti au contrat.

Et d'autre part Demolombe n'admet pas non plus que l'offre puisse être acceptée par les héritiers du destinataire décédé ou devenu incapable. Sans doute, dit-il, les héritiers sont saisis des droits et actions du défunt ; mais ici la convention n'est pas formée, puisque les volontés des deux parties n'ont pas concouru ; or la volonté d'une personne n'est autre chose que cette personne même et meurt avec elle. Les deux arguments de Demolombe sont également défectueux. Il est inexact de dire qu'il n'y a pas de convention formée. Sans doute le contrat définitif n'est pas conclu ; mais si l'offre ne peut être retirée, c'est qu'il y a eu convention tacite obligeant à la maintenir pendant un certain délai. Cette convention représente une valeur dans le patrimoine du bénéficiaire de l'offre et ses héritiers la doivent recueillir, comme toute autre valeur. Et d'autre part si la volonté d'une personne meurt avec elle, c'est que cette volonté ne saurait se détacher de la personne qui l'émet ; par suite, du jour où la volonté change, la volonté antérieure perd toute existence. Le maintien de l'offre, malgré son retrait par son auteur, devient alors inexplicable.

Les effets reconnus à l'offre non contractuelle en France par la majorité de la doctrine et par la jurisprudence sont

donc sensiblement différents de ceux que nous avons attribués à l'avant-contrat. Mais nous nous sommes efforcés de montrer que cette théorie classique de l'offre constituait un compromis inadmissible entre le système qui ne voudrait accorder aucune force obligatoire à la volonté unilatérale de l'individu, et le système nouveau de la volonté unilatérale créatrice d'obligations. C'est ce dernier système, adopté par le Code allemand, qu'il nous faut maintenant brièvement examiner. Si nous arrivons à montrer que les effets de l'offre non contractuelle, même dans le Code allemand, ne se confondent pas avec ceux de l'offre émanant d'un avant-contrat, nous aurons définitivement prouvé la réalité de la distinction entre les deux catégories d'offre.

D'après le Code allemand, toute déclaration de volonté, une fois parvenue à son destinataire, prend une valeur propre en dehors de son auteur ; désormais celui qui a émis l'offre n'a plus de pouvoir sur elle ; il lui est impossible de la révoquer, son décès ou son incapacité seront sans effets sur elle.

L'offre unilatérale aurait ainsi les mêmes effets que l'offre contractuelle (1), s'il ne subsistait une importante différence quant au délai pendant lequel l'offre sera obligatoire pour son auteur. « Celui qui fait une offre, dit le paragraphe 145 du Code allemand, y est lié jusqu'au moment où il avait dans les conditions ordinaires à attendre

(1) Schlossmann, ne trouvant aucune différence, en concluait l'inutilité de la théorie de l'avant-contrat.

l'arrivée de la réponse. » Au contraire nous avons vu que l'offre résultant d'un avant-contrat ne pouvait se prescrire que par trente ans. Et cette différence provient de la différence des circonstances dans lesquelles sont émises les deux offres. L'offre unilatérale marque souvent le début de la phase préparatoire d'un contrat ; les chances de réussite sont encore peu nombreuses. L'offrant doit avoir la possibilité de s'adresser le plus vite possible ailleurs, si le contrat qu'il désire ne doit pas se réaliser ; il serait exorbitant que le destinataire de l'offre pût se prévaloir longtemps de l'abdication de liberté consentie à son profit par l'auteur de l'offre, puisqu'en retour il ne lui a accordé aucun avantage. La situation est toute différente au cas d'avant-contrat. L'avant-contrat est l'aboutissement des discussions préalables entre les parties. Le stipulant attache à la possibilité de transformer dans l'avenir en contrat l'offre qui lui est adressée, une importance assez grande pour avoir exigé de l'offrant qu'il s'engage à ne pas retirer cette offre. L'offrant a cru se trouver en présence de propositions assez sérieuses pour accepter de renoncer ainsi à disposer dans l'avenir de sa propre chose ; ou bien il s'est fait consentir en échange de l'engagement qu'il prenait d'autres avantages (1). Souvent les parties ont décidé que l'avant-contrat ne serait susceptible d'exécution qu'à partir d'un terme plus ou moins éloigné. Il y a donc toute raison d'admettre ici que l'offre est contractée pour une longue durée.

(1) Nous avons dit déjà que l'avant-contrat était le plus souvent un contrat accessoire.

Sans doute souvent l'avant-contrat contiendra fixation d'un délai, passé lequel le contrat définitif ne peut plus être conclu ; ses effets sont alors analogues à ceux de l'offre unilatérale accompagnée d'un délai. Mais tandis que le délai fixé dans l'offre unilatérale sera habituellement très court, celui stipulé dans l'avant-contrat s'étendra souvent à plusieurs années.

Et nous avons admis que les circonstances faisaient souvent présumer l'impossibilité d'accepter désormais l'offre résultant d'un avant-contrat. Mais il s'agit là de circonstances amenant un changement important dans la situation respective des parties, et généralement à longue échéance, qui n'ont rien de commun avec les circonstances qui peuvent retarder le moment où l'auteur de l'offre unilatérale reprendra sa liberté ; en ce dernier cas il s'agit seulement de l'éloignement des parties ou de la difficulté des communications.

Du reste la théorie de l'offre unilatérale créatrice d'obligations trouve dans la majorité de la doctrine française une opposition irréductible. Toutes les critiques qu'elle soulève tombent au contraire pour l'offre contractuelle. Le principe que toute obligation suppose un contrat sera respecté si l'offre est émise dans un avant-contrat : son irrévocabilité résulte d'un lien de droit. Les conséquences qui semblent choquantes lorsqu'il y a offre unilatérale deviennent désormais normales. Sans doute nous som-

mes dans la phase préparatoire d'un contrat à venir (contrat définitif) ; mais cela ne doit rien enlever à l'effet obligatoire du contrat passé (avant-contrat) dont la conclusion du contrat définitif est un acte d'exécution. Le retrait de son consentement par le promettant sera inopérant, car celui qui s'est lié par un contrat ne saurait s'opposer à l'exécution de ce contrat ; sa mort ou la survivance d'une incapacité qui le frappe seront indifférentes, car peu importe le décès ou l'incapacité postérieure de l'un des contractants ; ses héritiers ou ses représentants légaux seront tenus de l'exécution.

L'offre, grâce au contrat qui se trouve à sa base, a pris une vie juridique indépendante de son auteur ; c'est bien à elle, et non à la personne de l'offrant, que, en vertu des principes généraux du droit français eux-mêmes, s'adresse l'acceptation.

CHAPITRE V

CARACTÈRE UNILATÉRAL DE L'AVANT-CONTRAT.

L'AVANT-CONTRAT ET LES CONTRATS RÉELS.

§ 1. — Peut-il y avoir avant-contrat synallagmatique à un contrat consensuel ?

Nous avons constamment, au cours de nos explications, supposé que l'avant-contrat était un contrat essentiellement unilatéral. Il apparaît tel, en effet, pour les contrats consensuels qui sont la règle dans notre droit. Puisqu'il suffit de l'échange des consentements pour conclure un contrat donné, si les deux parties ont déjà consenti, il y a contrat définitif présent ou à terme. Pour qu'il n'y ait qu'avant-contrat, il faudrait que l'obligation de contracter se résolût en dommages-intérêts sur refus du débiteur ; or nous avons admis qu'elle était susceptible d'exécution forcée (1).

Dans la matière des contrats consensuels la distinction de l'avant-contrat et du contrat définitif résulte donc de ce que dans l'avant-contrat une seule des parties a souscrit sans réserve les obligations qui lui incombent. L'autre n'ayant pas encore consenti aux obligations réciproques

(1) Cf. cependant *infra*, p. 170.

que la conclusion du contrat définitif fera naître à sa charge.

Si, dans la pratique, des contractants ont dénommé avant-contrat une convention synallagmatique tendant à conclusion d'un contrat consensuel, cela ne prouve pas l'existence réelle de conventions de ce genre ; il y avait là une simple erreur de dénomination dont les juges n'ont pas à tenir compte. C'est la solution imposée pour les promesses de vente par l'article 1589 du Code civil : « La promesse de vente vaut vente du moment qu'il y a consentement réciproque sur la chose et sur le prix. » Peu importe le nom de fantaisie que les parties ont donné à leur entente.

La solution de l'article 1589 devrait certainement être étendue par analogie aux autres avant-contrats à des contrats consensuels, et notamment aux promesses de bail. C'est donc au seul point de vue législatif que peut être discutée en droit français la question de la légitimité de l'avant-contrat synallagmatique aux contrats consensuels.

Certains auteurs, notamment Marcadé en France, et Degenkolb en Allemagne, ont nié l'identité de ces deux contrats. « Quand, dit Marcadé, nous sommes convenus, moi de vous vendre, vous de m'acheter tel domaine pour tel prix dans deux ans, comment la loi viendrait-elle briser la convention que nous avons faite, quoiqu'elle n'ait assurément rien de contraire à l'ordre public, et de plus y substituer violemment et contre notre volonté une

convention toute différente ? Comment, quand nous sommes convenus de ne faire que dans deux ans, en 1856, le contrat de vente en question, la loi viendrait-elle nous dire qu'elle se moque de notre volonté, et qu'elle tient le contrat pour déjà fait par la simple promesse de 1854 ? » Et Marcadé conclut que la promesse synallagmatique de vente ne vaut pas vente, mais qu'elle produit les effets d'une promesse unilatérale de vente et d'une promesse unilatérale d'achat accolées (1).

Sur le terrain du droit français actuel, Marcadé est certainement dans l'erreur. Mais à un point de vue plus général son raisonnement ne vaut pas mieux : il est basé sur le respect exagéré des termes employés par les parties ; or lorsque l'erreur des parties apparaît évidente, c'est du résultat pratique qu'elles ont visé et non de la construction juridique fautive par laquelle elles croyaient l'atteindre que le droit doit tenir compte (2).

Degenkolb (3) s'est placé à un point de vue sensiblement différent. Il proclame avec la plus grande netteté que le droit ne doit envisager que la *Geschäftsabsicht* des parties et non leur *Rechtsgeschäftsabsicht*. « Il est certain que le droit positif peut supprimer les détours artificiels voulus

(1) Marcadé, t. VI, 5^e éd., p. 168, sous l'article 1589.

(2) Hobbes avait déjà exprimé les mêmes idées que Marcadé : « Qui de futuro sic dicit, « cras dabo » aperte significat se non dedisse ; quod si de præsentis loquar, puto hoc modo « do », vel « dedi habendum cras » ; illis verbis significatur me dedisse et jus habendi cras transtulisse hodie. » Hobbes : *De cive* I *libertas*, c. II, § 6.

(3) Degenkolb, *Der Begriff des Vorvertrags*, p. 22 dans *Arch. f. d. ziv. Prax.*, t. 71.

par les particuliers, pour reconnaître déjà, comme le fait le Code civil français dans son article 1589, le contrat principal dans l'avant-contrat ; il a pour tâche de dégager le résultat voulu par les parties de la forme imparfaite employée par elles ; des expressions qui semblent viser seulement un contrat à conclure dans l'avenir peuvent en réalité concerner un contrat déjà conclu. La complication de rapports juridiques simples, que très souvent l'on remarque dans les avant-contrats à des contrats consensuels ne doit pas être envisagée comme constituant la volonté des parties. »

Sur quoi base-t-il alors sa distinction de l'avant-contrat synallagmatique et du contrat consensuel auquel tend celui-ci ? La volonté de conclure un contrat dans l'avenir est, dit-il, l'opposé de la volonté actuelle de contracter ; et nous retrouvons là les expressions de Marcadé et de Hobbes, mais la constatation a perdu singulièrement de son importance du moment que la volonté des parties ne doit plus être respectée que dans le fond et non dans la forme. Conclure un contrat obligeant à la conclusion sans aucune condition nouvelle d'un autre contrat, c'est en réalité conclure ce dernier contrat. De deux choses l'une, ou il y a expression de la volonté présente de s'obliger et par conséquent d'ores et déjà contrat principal, dont l'exécution peut bien être différée, mais dont la conclusion est actuelle, et la répétition des mêmes volontés concordantes dans les mêmes formes ne saurait offrir aucun sens, ou il n'y a pas de consentement présent, mais seulement une promesse de

consentir dans l'avenir à un moment indéterminé (1), et dans ce dernier cas il n'y a pas plus avant-contrat que contrat principal ; il n'y a qu'un simple projet non obligatoire.

Degenkolb a bien compris qu'il lui fallait pour justifier sa distinction trouver une différence matérielle entre le simple avant-contrat synallagmatique et le contrat définitif. Il insiste donc, non pas sur la distinction de la volonté présente et de la volonté future, mais sur celle de l'acte présent et de l'acte futur ; c'est la différence d'un acte présent à un acte futur qu'il prétend trouver entre l'avant-contrat et le contrat définitif (2). Mais y a-t-il là autre chose qu'une ingéniosité verbale ? Qu'est-ce que la volonté sans l'acte par lequel elle s'exprime ou que l'acte sans la volonté qui est à sa base ? et si dans l'avant-contrat il n'y a qu'un acte futur, qu'est-ce donc que cet avant-contrat sinon le néant ? Qu'il y ait contrat définitif si l'acte est présent, nous en convenons, mais c'est ce qui arrive toutes les fois qu'il y a contrat conclu par les parties.

Et les exemples donnés par Degenkolb à l'appui de sa thèse ne sont pas pour nous faire revenir sur notre opinion. Il a dressé toute une liste de cas empruntés à de récents jugements de tribunaux allemands où suivant lui est manifeste l'existence d'un avant-contrat synallagmatique à un contrat consensuel. Or dans pas un de ces cas

(1) Si l'époque était déterminée, il y aurait simplement contrat principal à terme.

(2) Degenkolb, *loc. cit.*, p. 71.

il n'y a en réalité avant-contrat synallagmatique. Ce sont ou des avant-contrats unilatéraux, auxquels il a attribué par erreur le caractère synallagmatique, ou des contrats synallagmatiques définitifs dont l'exécution est différée et aura lieu par étapes successives ; et dans ce dernier cas le motif de l'erreur de dénomination commise par les parties apparaît nettement : l'intervalle qui les sépare de la phase de réalisation, et la division de cette dernière en plusieurs moments successifs sont cause qu'elles n'ont cru passer qu'un contrat préparatoire.

Degenkolb étudie d'abord un certain nombre de contrats d'assurance ainsi le contrat d'assurance contre la grêle pour un certain nombre d'années, avec déclaration annuelle à faire par le propriétaire des fruits qu'il entend comprendre dans cette assurance ; cette déclaration constitue pour Degenkolb un contrat définitif annuel auquel tend l'avant-contrat primitif (1). Mais de deux choses l'une, ou le propriétaire est obligé de comprendre dans l'assurance tous les fruits, et en ce cas il y avait dès l'origine contrat synallagmatique définitif ; la déclaration annuelle du propriétaire sert simplement à contrôler l'étendue des obligations incombant chaque année aux parties, mais elle n'a aucun caractère créateur de droits, ou le propriétaire peut à son gré assurer chaque année une plus ou moins grosse partie de sa récolte, et le contrat

(1) Une décision du R. O. H. G. du 14 janvier 1873, *Entsch. des R. O. H. G.*, t. 8, p. 364, rapportée par Degenkolb, avait parlé ici d'avant-contrat.

primitif est bien alors un avant-contrat, mais un avant-contrat unilatéral, par lequel la Compagnie d'assurance s'engage à assurer tous les produits qui lui seront déclarés par le propriétaire, sans que celui-ci, de son côté, s'engage le moins du monde à lui en déclarer.

De même dans une assurance maritime, avec clause de continuation de l'assurance en cas d'écart de la destination fixée, mais moyennant un changement dans la prime à fixer suivant l'équité, il y a pure et simple exécution du contrat primitif alternatif, mais sans conclusion d'un contrat nouveau.

Degenkolb étudie ensuite des contrats de livraison et de réception de marchandises en quantités réglées sur la production ou sur le mouvement des affaires, et pour un prix variable, qui n'est déterminable que dans l'avenir. Ce sont là encore des cas de contrats définitifs à exécution échelonnée, créant à la charge des parties des obligations susceptibles de varier dans l'avenir suivant un certain nombre de circonstances extérieures ; mais il n'y aura pas de nouvel échange des consentements, pas de second contrat à conclure en exécution du premier.

Et pour en finir avec cette liste, qui est la meilleure démonstration de l'impossibilité de l'avant-contrat synallagmatique à un contrat consensuel, nous relèverons un dernier cas cité par Degenkolb, où il y a purement et simplement avant-contrat unilatéral : c'est le contrat par lequel X. s'engage à fournir à Y. sur sa demande tout le bois dont il pourrait avoir besoin, mais sans que Y. s'engage à

ne pas acheter de bois à un autre marchand. Ici il n'y a aucune obligation à la charge de l'acheteur, un simple droit d'exiger du vendeur l'exécution des obligations qu'il a souscrites.

L'effort de Degenkolb aboutit donc à un échec complet.

Cependant il est un cas, dont ne s'est pas occupé Degenkolb, où la conclusion d'un avant-contrat synallagmatique peut paraître justifiée. C'est celui où, au lieu de s'obliger sans retour à la conclusion du contrat définitif, chacune des parties a entendu se réserver le droit d'empêcher cette conclusion moyennant paiement de dommages-intérêts. Du moment que le principe de l'exécution forcée de l'avant-contrat se trouve écarté, le détour employé par les parties acquiert une raison d'être. L'avant-contrat apparaît alors comme un moyen de se réserver un temps supplémentaire de réflexion, après conclusion d'un engagement dont le caractère sérieux est garanti par les dommages-intérêts prévus.

Qu'un pareil contrat soit valable, cela n'est pas douteux. Mais est-ce bien un avant-contrat ?

Le Code, dans son article 1590, a prévu sous le nom de promesse de vente avec arrhes une convention de ce genre (1).

(1) La loi n'a prévu la stipulation d'arrhes qu'adjoite à une vente, mais elle se rencontrera aussi bien avec d'autres contrats synallagmatiques, par exemple avec un bail. Les termes de la question seraient alors exactement les mêmes. Tout ce que nous allons dire de la promesse de vente avec arrhes s'appliquerait donc aussi bien à la promesse de bail avec arrhes.

L'attention des rédacteurs du Code avait été attirée sur l'analogie entre la vente avec arrhes et la promesse de vente, résultant du caractère provisoire qui leur est commun, par des observations du tribunal d'appel de Lyon. « C'est, disaient les membres de ce tribunal, une maxime constante du droit français, consacrée par la jurisprudence, que la promesse de vente n'est pas une vente et n'oblige qu'à des dommages-intérêts... En ce cas les uns et les autres ont prévu que le contrat pourrait ne pas être exécuté ; ils ont voulu ne s'assujettir qu'à des dommages ; ils se sont contentés de pouvoir les exiger ; s'ils eussent voulu un contrat invariable, ils auraient dressé un acte de vente formel ; ils ne se seraient pas contentés d'une promesse. » Et le tribunal d'appel de Lyon proposait en conséquence de rédiger les articles sur la promesse de vente de la façon suivante : « La promesse de vente ne vaut pas vente ; chacun des contractants est maître de s'en départir. Celui qui s'en départ est condamné à des dommages intérêts. S'il y a eu des arrhes données, elles détermineront les dommages ; à défaut les dommages-intérêts sont fixés par le tribunal compétent (1). »

La conception du tribunal d'appel de Lyon a été rejetée.

Dans le système du Code civil, l'emploi des mots « promesse de vente » ne suffit pas à fonder la présomption que chacune des parties a entendu se réserver le droit de ne

(1) Fenet, t. 4, p. 181.

pas conclure la vente définitive, moyennant le paiement de dommages-intérêts. Par suite, l'article 1589 prononce l'identité de la promesse de vente synallagmatique et de la vente.

Mais l'influence des observations du tribunal d'appel de Lyon s'est fait sentir dans l'article 1590 (1) : « Si la promesse de vendre a été faite avec arrhes, chacun des contractants est maître de s'en départir. » Cette liquidation conventionnelle des dommages-intérêts par les parties indique nettement leur volonté d'écarter la possibilité d'une exécution forcée ; il faudra donc s'y conformer. La stipulation d'arrhes change la nature de la vente ; elle substitue à une vente pure et simple un contrat provisoire, et justifie par là la dénomination de promesse de vente.

Tel est le sens des déclarations faites par le tribun Grenier au Corps législatif : « La promesse de vendre renferme la vente et en a tous les effets quoique sous une dénomination différente. Il est bien entendu que la validité de la promesse de vendre qui ne peut avoir plus de faveur que la vente, à laquelle elle est parfaitement assimilée, est soumise aux mêmes conditions que celle de la vente... Il a cependant paru sage d'établir une exception à cette règle pour une espèce de promesse de vendre, celle qui est faite avec arrhes. La délivrance et la réception des

(1) Du reste, dans le système du tribunal d'appel de Lyon, puisque l'avant-contrat n'engendrait jamais, sur refus de l'une des parties, qu'un droit à des dommages-intérêts, la stipulation d'arrhes ne pouvait rien changer à la nature et à l'essence du contrat ; elle ne constituait qu'une fixation conventionnelle des dommages-intérêts.

arrhes détermineront le caractère et l'effet de l'engagement, en la réduisant à une simple promesse de vendre dont on ne pourra se désister sous les conditions établies dans l'article (1). »

Nous devons reconnaître que la doctrine donne de l'article 1590 une interprétation différente de la nôtre. On enseigne habituellement que, la promesse de vente valant vente, le Code n'a pas traité de la vente avec arrhes parce que sa disposition sur la promesse de vente avec arrhes devait lui être étendue (2).

Si notre théorie est exacte, les rédacteurs du Code ont

(1) Fenet, t. 14, p. 189-190.

(2) Cf. Planiol, t. II, 2^e édit., n° 1389, note 1. « Comme la promesse de vente est assimilée à la vente par le Code, il est certain que la disposition relative aux arrhes s'applique en toute hypothèse, qu'elles aient été données à propos d'une promesse de vente ou à propos d'une vente véritable. » Cependant Marcadé et Laurent ont soutenu une théorie différente. « La loi ne dit rien de l'effet des arrhes quand il y a vente ; il en faut conclure que les principes généraux restent applicables. » Voici l'intérêt de la controverse : si l'article 1590 vaut pour les ventes comme pour les promesses de vente, il faudra toujours présumer que les arrhes ont été remises pour ménager aux parties un moyen de dédit ; ce serait à celui qui soutiendrait qu'elles ont été données comme acompte à en faire la preuve contre la présomption du Code. Au contraire dans le système de Laurent ce sera à celui qui veut se dédire de la convention à prouver que les arrhes ont été convenues à titre de dédit.

Quant au motif de la différence de rôle attribué aux arrhes par le Code dans la promesse de vente et dans la vente, Laurent suppose que « le nom de promesse a fait penser que la volonté des parties n'était pas définitive et qu'elles ont elles-mêmes déclaré leur intention à cet égard en donnant des arrhes ». Laurent, t. XXIV, n° 27 ; Marcadé, t. VI, p. 172.

Mais Laurent passe à côté du point intéressant de la discussion : savoir si la stipulation d'arrhes comme moyen de dédit ne change pas la nature de la vente ?

voulu au contraire distinguer le cas où la convention, dénommée par les parties promesse de vente, constituait vraiment un contrat à part (art. 1590), de celui où elle n'était qu'une vente ordinaire, arbitrairement rangée sous une autre appellation (art. 1589). Ils ont passé sous silence la vente avec arrhes, parce que, dans leur idée, du moment qu'il y a stipulation d'arrhes il n'y a plus vente pure et simple, mais seulement promesse de vente.

La stipulation d'arrhes modifie en effet le caractère habituel de la vente ; mais c'est à tort que les rédacteurs du Code ont employé le mot de promesse de vente. La propriété de l'objet vendu sera transférée immédiatement à l'acheteur, qui assumera les risques dès la conclusion du contrat avec arrhes. Les parties sont généralement convenues d'un jour où le contrat devra être exécuté ; si aucune d'elles n'invoque jusque-là la faculté de retrait résultant des arrhes, la vente deviendra alors définitive. Mais il n'y a point pour cela nouveau contrat conclu ; il y a simplement désormais impossibilité de réalisation d'une condition résolutoire. Puisque les effets de la vente, transmission de la propriété et des risques, droit au prix, se produisent dès le contrat originaire, il ne saurait être question d'avant-contrat.

La vente avec arrhes est une vente sous condition résolutoire ; si l'une des parties avant le temps fixé se décide à abandonner les arrhes, tous les effets déjà produits seront effacés par suite de la rétroactivité de la condition ; mais si l'objet de la vente était perdu, l'acheteur ne pour-

rait plus, en abandonnant les arrhes, s'affranchir de l'obligation de payer le prix.

Il y a donc bien, dès la conclusion du contrat avec arrhes, contrat définitif et non pas simple avant-contrat. Et il semble au premier abord que nous admettions là une exception à notre théorie générale des conditions potestatives¹; mais cette exception est justifiée par la stipulation d'arrhes. Malgré le droit de retrait des parties, il y a déjà de leur part un engagement sérieux ; le consentement donné ne peut pas être arbitrairement repris, puisque ce dédit entraîne pour son auteur une perte sèche. C'est le seul cas où la distinction classique des conditions purement potestatives et des conditions simplement potestatives, dont nous avons nié d'une façon générale la réalité, soit pleinement justifiée (1).

Ce n'est pas ici du reste la seule circonstance où le Code ait confondu l'avant-contrat et le contrat conditionnel ; nous aurons l'occasion d'en relever un autre exemple à propos des articles 1587 et 1588.

§ 2. — L'avant-contrat et les contrats réels (2).

C'est de Rome que nous vient la catégorie des contrats

(1) Cf. sur la théorie de la condition potestative, *suprà*, p. 31 et suiv.

(2) Cf. Adler, *Realcontract und Vorvertrag*, dans *Ih. Jahrb. f. Dogm.*, t. 31, p. 190 et suiv. ; Demelius, *Realcontracte im heutigen Recht*, *ibid.*, t. 3, p. 399 et suiv. ; Fourmann, *Das pactum de mutuo dando*, Erlangen, 1896 ; Keilerhof, *Das pactum de mutuo dando*, Erlangen, 1896 ; Krahmer, *Der Darlehnsbegriff des B. G. B.*, Halle, 1900 ; Lübbert, *Der Kreditvertrag*, *Ih. Jahrb. f. Dogm.*, t. 52, p. 313 et suiv. ; Regelsberger, *Über den Kreditvertrag*, *ibid.*, p. 410 et suiv. ; Lyon-Caen, note dans *Sirey*, 1898.1.433 ; Scherler, *Über*, § 610, *B. G. B.*, Greifswald, 1903 ; Unger, *Realcontracte im heutigen Rechte*, *Ih. Jahrb. f. Dogm.*, t. 8, p. 1 et suiv. ; Combescade : *Existe-t-il des contrats réels en droit français ? Rev. crit.*, 1903, p. 477 et suiv.

réels ; sa création est une conséquence du formalisme en vigueur dans le droit romain où, à aucune époque, le simple consentement ne suffit en principe à faire naître le contrat, sans l'emploi de la forme préfixe de la stipulation. Mais le nombre des cas où l'on put se passer de celle-ci augmenta sans cesse ; la classe des contrats réels constitue une de ces exceptions. La remise matérielle de la chose promise dans le contrat y joue le rôle d'une solennité, remplaçant les paroles solennelles de la stipulation.

Sous l'empire du principe *ex pacto actio non nascitur*, l'avant-contrat aux contrats réels ne pouvait avoir qu'un emploi des plus restreints. Il y manque ce qui constituait précisément la conclusion du contrat réel, à savoir la prestation de la chose ; par lui-même il était donc dénué de toute force obligatoire. Aussi les exemples que nous en avons relevés (1) nous le montrent, ou inclus dans une *stipulatio* (2), ou adjoint comme condition à un contrat valable sans formes, et empruntant alors à ce dernier sa force obligatoire (3).

Mais, en droit français, le simple consentement suffit en principe à faire naître une obligation. Il suffira donc d'un accord des parties pour conclure un avant-contrat obligeant à la conclusion postérieure d'un contrat, que ce contrat soit réel ou consensuel. Sans doute il en serait

(1) Cf. *suprà*, chap. I, p. 21 et suiv.

(2) D. 45.1, f. 68.

(3) D. 12.1, f. 20.

autrement si les contrats réels étaient une catégorie de contrats solennels, si la réalité était une forme sans laquelle la loi ne veut pas que les consentements des parties soient échangés. Le maintien en droit français actuel de la catégorie des contrats réels aurait alors sa raison d'être, et nous n'aurions, pour savoir si l'avant-contrat consensuel aux contrats réels est licite, qu'à renvoyer aux développements que nous avons consacrés à la question de l'avant-contrat aux contrats solennels (1). Mais tel n'est pas le sens actuel de la distinction des contrats consensuels et des contrats réels ; personne ne songe à assimiler la réalité à une solennité, et la pleine validité de l'engagement de conclure un contrat réel pris sans formes est admise sans discussion par tous les auteurs comme par la jurisprudence.

Nous sommes donc en tout cas en droit français très loin du droit romain. L'avant-contrat aux contrats réels aura un très vaste champ d'application. Pour les contrats consensuels, l'avant-contrat ne se conçoit que lorsque l'une des parties réserve son consentement, et qu'un contrat unilatéral est ainsi conclu au lieu du contrat synallagmatique, but final auquel tendent les parties. Mais il n'en sera pas de même pour les contrats réels : puisque le contrat ne peut être conclu que par la remise matérielle de l'objet, l'impossibilité d'opérer dès maintenant cette prestation matérielle peut obliger les parties à ne conclure qu'un avant-contrat, même lorsqu'elles sont dès mainte-

(1) Cf. *suprà*, p. 55 et suiv.

nant toutes deux pleinement décidées à s'obliger (1). Chaque fois que l'échange des consentements précédera la tradition de la chose, il y aura avant-contrat consensuel, suivie du contrat définitif réel ; or c'est là le cas général.

Thöl (2) a même soutenu qu'en droit moderne tout contrat réel supposait un avant-contrat consensuel ; car il s'écoule toujours au moins un instant de pensée entre le moment où les parties tombent d'accord et celui où elles effectuent la remise. Cette décomposition en deux contrats successifs ne nous semble pas logiquement nécessaire ; il n'y a pas d'impossibilité théorique à ce que les deux contrats réel et consensuel soient exactement coexistants. En tout cas, s'il ne s'écoule aucun intervalle appréciable entre le contrat consensuel et le contrat réel, il sera pratiquement sans intérêt de les distinguer. Quand, au contraire, un plus long espace de temps sépare les deux contrats, l'une des parties peut, avant la conclusion du contrat définitif, mourir, devenir incapable, ou conclure un contrat réel de même objet avec un tiers : les règles que nous avons exposées pour les avant-contrats trouveront alors leur application

(1) Il ne faudrait pas conclure du reste de ce que les deux parties ont consenti sans restriction qu'il y a avant-contrat synallagmatique. Dans la théorie classique du contrat réel, la promesse de restitution est inconcevable avant remise ; il y a donc avant-contrat unilatéral obligeant à conclure par la remise de la chose le contrat définitif unilatéral visant restitution.

(2) Thöl, *loc. cit.*, § 246. Thöl ne croit pas du reste qu'il y ait lieu de maintenir en droit actuel la distinction des contrats réels et des contrats consensuels. Il raisonne ici en adoptant momentanément la théorie classique, pour en montrer le néant.

Si nous admettions la théorie classique des contrats réels, nulle part l'avant-contrat ne serait plus fréquemment employé qu'en la matière. Mais il nous reste à examiner si la division des contrats en réels et consensuels a conservé en droit actuel une réalité. Pour nous l'abandon du principe romain *ex pacto actio non nascitur* a eu pour conséquence d'effacer toute différence entre les contrats réels et les contrats consensuels ; il n'y a plus en France de contrats qui ne soient conclus que par une remise matérielle. En dehors des contrats auxquels la loi a conservé leur caractère solennel, il n'y a plus que des contrats consensuels. Un avant-contrat tendant à la conclusion postérieure d'un de ces contrats, que, par un maintien irraisonné de la terminologie romaine, on qualifie toujours de contrats réels, n'aura donc sa raison d'être que dans des cas équivalents à ceux où serait conclu un avant-contrat unilatéral à un contrat consensuel, c'est-à-dire quand l'une des parties se réserve le droit de faire naître par sa seule volonté les obligations de l'autre partie envers elle, et des obligations réciproques à sa propre charge.

La discussion dont nous allons exposer les termes n'est pas une simple querelle de mots. Il ne s'agit pas seulement de savoir si l'on qualifiera d'avant-contrat l'accord consensuel des parties, pour donner à la prestation matérielle accomplie sur sa base le nom de contrat définitif, ou si l'on verra au contraire l'unique contrat conclu dans l'accord consensuel, pour ne plus faire de la prestation postérieure qu'un acte d'exécution, sans caractère contrac-

tuel nouveau, du contrat antérieur. La portée de la discussion est plus vaste ; l'analyse théorique que nous soutenons permet seule d'expliquer logiquement un certain nombre de résultats pratiques, dès maintenant acceptés sous la pression des faits par les partisans de la doctrine du contrat réel, et elle conduirait la jurisprudence à modifier sur certains points ses solutions.

La distinction du contrat réel et de l'avant-contrat consensuel dans lequel est promise sa conclusion, résulte, dit-on, de caractères spéciaux aux quatre contrats de prêt de consommation, de commodat, de dépôt et de gage, et à eux seuls.

La nature des choses imposerait la division des contrats en réels et consensuels. Les contrats réels sont ceux où l'existence du contrat est inconcevable avant remise de la chose qui en est l'objet. Soit par exemple le contrat réel de prêt conclu par la remise de la chose prêtée : il engendre l'obligation de conserver cette chose et de la restituer à l'échéance. S'il avait été précédé d'une promesse de prêt, celle-ci avait fait naître l'obligation pour le prêteur d'effectuer le prêt ; mais comment y aurait-il eu déjà obligation pour l'emprunteur de conserver une chose qu'il ne possédait pas et de restituer cette chose qu'il n'avait pas reçue à celui qui la détenait encore ? Ces obligations seraient logiquement insoutenables. L'avant-contrat et le contrat réel constituent donc deux contrats distincts, d'objet différent, dont le second ne peut être conclu que par

l'exécution du premier ; il y a deux contrats unilatéraux successifs, le créancier de l'un étant débiteur de l'autre et réciproquement. « Dans le prêt, dit Laurent, contrat unilatéral, le seul emprunteur est obligé. Or, lors de la promesse de prêt, il n'y a pas encore d'emprunteur ; celui qui est obligé c'est celui qui a fait la promesse de prêter (1). »

La théorie classique du contrat réel a été très nettement exposée et défendue par M. Planiol.

« Dans certains cas, dit M. Planiol, la nature des choses exige pour la formation du contrat un élément autre que le consentement. Il en est ainsi généralement dans tous les contrats qui ont pour objet de faire naître l'action en restitution d'une valeur fournie. Il est clair que cette obligation ne peut prendre naissance et par conséquent que le contrat ne peut se former que par la fourniture de la valeur à restituer. Tant que cette prestation n'a pas eu lieu, le futur débiteur ne peut pas être obligé à rendre quoi que ce soit, quand bien même les parties seraient d'accord pour faire le contrat. C'est donc la *res præstita* qui vaut formation du contrat. » Si la catégorie des contrats réels subsiste, c'est que « dans certaines hypothèses son emploi est indispensable, parce que l'obligation à faire naître à la charge de l'une des parties a précisément pour objet la restitution d'une chose que l'autre lui fournit ; la définition même du contrat suppose que cette fourniture a été faite (2). » Et M. Planiol revient plus loin sur les

(1) Laurent, 3^e édit., t. 26, § 453.

(2) Planiol, *Traité de droit civil*, 2^e édit., t. 2, nos 995 et 996.

mêmes idées à propos du prêt (1) : « Le caractère de contrat réel du prêt n'est pas spécial aux législations romaine et française ; il est nécessairement reconnu partout. Avant la livraison il peut y avoir une promesse de prêt, obligatoire ou non, il n'y a pas encore prêt, car l'obligation qui naît du prêt est une obligation de restituer une chose reçue... La promesse de prêt est un contrat unilatéral obligatoire, mais n'est pas encore un prêt. » De même pour le gage (2). « Le gage est un contrat réel. Tant qu'il n'y a pas eu remise de la chose, il peut y avoir obligation conventionnelle ou légale de donner un gage, il n'y a pas encore gage. L'existence du gage comme contrat suppose la remise de la chose, et comme c'est le contrat qui fait naître le droit réel, l'existence du droit réel de gage implique également cette remise. Le gage est donc un droit réel qui ne se constitue pas par simple convention, malgré la généralité du principe moderne sur le transfert de la propriété et la création de droits réels. »

Cette thèse est celle du Code civil français.

ART. 1875. — « Le prêt à usage est un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une chose pour s'en servir... »

ART. 1892. — « Le prêt de consommation est un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage... »

(1) Planiol, *Ibid.*, n° 2048, note 1, et 2057, note 1.

(2) Planiol, *Ibid.*, n° 2401.

ART. 1915. — « Le dépôt est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui... »

ART. 2071. — « Le nantissement est un contrat par lequel un débiteur remet une chose à son créancier... »

Le Code ne prévoit pas la possibilité de conventions antérieures visant conclusion de ces contrats. Il n'en faudrait pas conclure qu'elles seront sans valeur ; elles seront régies par le droit commun, c'est-à-dire obligatoires par le simple échange des consentements. Cela n'a jamais été contesté.

Les Codes rédigés sur le modèle du Code français ont suivi son exemple. Ainsi les articles 1803, 1819 et 1878 du Code italien reproduisent purement et simplement les articles 1875, 1892 et 2071 du Code civil. L'article 1837 est plus net encore que notre article 1915 : « Le dépôt n'est parfait que par la tradition de la chose. »

Parmi les législations du groupe allemand, le Code autrichien et le Code saxon ont consacré de même l'idée de contrat réel, et de façon plus explicite encore ; ils ont prévu la conclusion antérieure de contrats consensuels de même objet et les ont réduits au rang de simples promesses de conclure le contrat réel, obligatoires sans doute, mais n'engendrant pas les effets du dit contrat réel.

Code autrichien, art 937. — « Lorsqu'une personne se charge de la garde de la chose d'autrui, il s'établit un contrat de dépôt. Quand la promesse de prendre en garde une chose appartenant à autrui, mais qui n'a pas encore été livrée, a été acceptée, la partie qui a fait la promesse se

trouve obligée, mais il n'en résulte pas encore un contrat de dépôt. »

§ 971. — « Le contrat de prêt à usage prend naissance lorsqu'une personne livre à une autre personne, pour un certain temps et à titre gratuit, une chose non fongible à l'effet de s'en servir. Le contrat par lequel une personne promet à une autre de lui prêter une chose, sans en faire la remise, est sans doute obligatoire, mais ne constitue pas un contrat de prêt. »

§ 983. — « Le contrat de prêt de consommation se forme lorsqu'une personne livre à une autre des choses fongibles, à la condition de pouvoir en disposer librement, et de lui en rendre au bout d'un certain temps une quantité égale de même espèce et qualité. Ce contrat ne doit pas être confondu avec celui également obligatoire par lequel on promet de faire ultérieurement un prêt. »

La distinction du contrat réel et de l'avant-contrat consensuel est ici très nettement faite ; elle ne l'est pas moins dans le Code saxon. Les points essentiels de la doctrine du contrat réel y sont bien dégagés :

1° Le contrat réel n'est conclu, et ne produit par suite d'effets, qu'après remise matérielle (§§ 1067, 1174, 1260).

2° L'accord des parties visant la conclusion d'un contrat réel est obligatoire du moment que le contenu du futur contrat y est suffisamment déterminé ; le créancier peut, sur la base de cet accord, agir en exécution de la prestation matérielle par laquelle sera conclu le contrat réel (§§ 1068, 1175, 1261).

3° Le débiteur de l'avant-contrat n'a pas le droit d'agir en exécution quand il n'est pas personnellement intéressé à cette exécution (§§ 1175, 1261 pour le prêt à usage et le dépôt).

4° Si les circonstances ont changé au détriment du débiteur, de façon à le mettre dans l'impossibilité d'exécuter sans dommages pour lui-même, il pourra refuser l'exécution (§§ 1175, 1261. Remarquer que la règle n'est formulée que pour le dépôt et le prêt à usage, contrats gratuits).

5° L'action en exécution de l'avant-contrat se prescrit par un an (§§ 1069, 1175, 1261).

Telles sont donc les solutions législatives auxquelles conduit la thèse du contrat réel. Mais, selon nous, du moment qu'il est admis sans restrictions (1) que l'avant-contrat au contrat réel oblige dès l'instant de sa conclusion à passer ce dernier contrat, sans qu'il y ait de nouvelle condition à réaliser, il devient impossible de voir dans cette remise matérielle la conclusion d'un nouveau contrat.

Sans doute la remise matérielle est parfois à la base de l'opération. Il se peut que le prêt par exemple soit remis sans qu'il y ait eu contrat consensuel préalable ; en ce cas

(1) Au fond on trouverait bien chez certains défenseurs de l'idée de contrat réel, la croyance que l'avant-contrat à ce contrat n'a qu'une force obligatoire restreinte. C'est une illusion entretenue par ce fait que l'avant-contrat, tendant seulement à conclusion du contrat réel, est un contrat unilatéral, conclu dans l'intérêt exclusif d'une des parties, dont cette partie seule peut par conséquent demander l'exécution.

l'élément consensuel et l'élément matériel coexistent. Mais la même chose peut se produire aussi dans la vente, lorsque la remise de la chose vendue a lieu durant l'échange des consentements; là aussi, par suite de son exécution préalable, le vendeur se trouve affranchi de ses obligations (sauf l'obligation accessoire de garantie) et l'acheteur seul obligé. Et cependant l'on ne prétend pas que la vente prenne par là le caractère unilatéral, et nul ne subdivise les ventes en ventes réelles et ventes consensuelles, faute de conséquences pratiques résultant de cette particularité de la conclusion.

L'argument logique des défenseurs de la théorie du contrat réel, la prétendue impossibilité d'existence de l'obligation de restituer une chose avant sa remise, repose sur une confusion. Sans doute la restitution d'une chose ne saurait précéder sa remise, mais restitution et promesse de restituer sont deux choses différentes. On ne peut vendre la chose d'autrui, avant de s'en être rendu acquéreur; mais la promesse de vente d'une chose appartenant à autrui est valable et s'analyse dans l'engagement contracté par le promettant d'acquérir ladite chose; c'est une obligation conditionnelle dont l'exécution implique conclusion préalable d'un autre contrat avec un tiers. Il n'en est pas autrement de la promesse de restitution d'une chose qu'on n'a pas encore reçue.

Dire que cette promesse ne saurait être contractée, serait admettre qu'on ne peut contracter une obligation conditionnelle dont l'objet soit actuellement de réalisation

impossible, pour l'époque où cette réalisation sera devenue possible. Il se peut que dans l'avenir l'obligation ne puisse être exécutée ; ce sera le cas si la remise préalable n'a pas lieu ; de même la promesse de vente de la chose d'autrui sera sans effets si, malgré ses efforts, le promettant se heurte à l'impossibilité de l'acquérir. Mais dira-t-on qu'un horloger ne peut s'obliger à réparer une montre, s'il ne l'a pas encore entre les mains, sous prétexte qu'il ne pourra la réparer qu'après l'avoir reçue ?

Ce qui est vrai, c'est qu'il n'est possible de contraindre l'horloger à réparation qu'après lui avoir remis la montre, comme il n'est possible de contraindre à restituer une chose promise en prêt qu'après l'avoir effectivement prêtée. L'une et l'autre obligation ne sont contractées que sous condition de l'exécution préalable d'une autre obligation par leur créancier. C'est cette modalité spéciale, dont sont affectées ces obligations, qui entretient l'illusion de la survivance actuelle de contrats réels.

Les obligations qui résultent du contrat consensuel préalable sont successives, celles de l'une des parties naissent précisément quand celles de l'autre sont exécutées, c'est-à-dire lors de la remise matérielle. Cette prestation réelle constitue donc un stade important de l'exécution du contrat, un point de séparation entre l'exécution incombant à l'une des parties et celle incombant à l'autre. Mais y voir pour cela la conclusion d'un nouveau contrat serait manifestement contraire à l'intention des parties. Ainsi A. s'engage à prêter à B. la somme de 10.000 francs

et le lendemain effectue le versement. Dira-t-on qu'à ce moment se conclut un second contrat ? Il n'y a pas à cela plus de raisons que lorsqu'un vendeur livre à son acheteur la chose vendue.

Du reste quel serait l'objet de ce nouvel accord des parties ? Non plus la remise de la chose, puisqu'elle a eu lieu, mais la restitution. Or, lorsqu'il y a eu avant-contrat, il ne sera généralement plus question de cette restitution lors de la remise effective. On dit que si un prêteur envoie par la poste la somme d'argent qu'il a promis de prêter, il y a, lorsque l'emprunteur la touche, promesse tacite de restitution de sa part, et acceptation tacite de cette promesse par le prêteur. Mais si un contrat consensuel antérieur n'avait pas prévu le prêt, rien ne permettrait de supposer ainsi la volonté des parties ; s'il y a, au moment où l'emprunteur entre en possession des deniers prêtés, conclusion tacite d'un contrat de prêt, et non pas conclusion d'un contrat de donation, ou accomplissement d'un paiement, c'est seulement parce qu'un contrat antérieur avait manifesté la volonté des parties d'effectuer un prêt. Il serait donc plus exact de ne pas traiter comme la conclusion d'un second accord ce qui n'est que l'exécution du premier. Les parties n'y voient pas un point de départ, mais un acte matériel d'accomplissement de leurs engagements antérieurs ; elles n'ont pas l'idée de conclure un contrat nouveau.

En résumé les partisans de l'idée de contrat réel opèrent

un dédoublement factice entre les deux éléments matériel et consensuel du contrat. Dans l'intention des parties il n'y a pas deux datations de consentement successives, l'une lors de la promesse tendant à la remise, l'autre lors de la remise tendant à la restitution. Il y a une phase consensuelle, la conclusion du contrat visant à la fois remise et restitution, puis une phase réelle d'exécution pure et simple de la première. Le débiteur, s'il refuse de procéder à la remise, sera l'objet d'une contrainte judiciaire, identique à celle qui pourrait être exercée contre un vendeur refusant de livrer la chose vendue.

Notre système nous amène à substituer à la notion classique de deux contrats unilatéraux successifs, le premier, avant-contrat purement consensuel, obligeant l'une des parties à remettre une chose, le second, contrat définitif réel, obligeant l'autre partie à la restituer, celle d'un contrat synallagmatique (1), obligeant dès l'échange des consentements l'une des parties à remettre et l'autre à restituer, mais sous condition que préalablement la remise aura été effectuée.

Cependant, même dans notre théorie, l'un des contrats réels ne devient jamais synallagmatique. Le dépôt est toujours un contrat unilatéral, le dépositaire étant seul tenu de recevoir le dépôt, de le conserver et de le

(1) Cf. Demogue, art. cit. *Rev. trim.*, 1905, p. 759. « C'est par un respect suranné du droit romain que le Code et les commentateurs classent certains contrats à part sous le nom de contrats unilatéraux... En réalité dans ces contrats, prêt, rente constituée, il y a deux prestations, l'une passée de la part du prêteur, l'autre future de la part de l'emprunteur. »

restituer sans qu'aucune obligation existe à la charge du déposant qui pourra toujours se refuser à effectuer le dépôt ; faute d'intérêt le futur dépositaire ne saurait l'y contraindre.

Cette conception est déjà passée dans certaines législations. Ainsi le Code prussien de 1794 qui, pour le dépôt et le gage, gardait les définitions habituelles (1), s'était écarté pour le prêt à intérêt de l'idée de contrat réel (1.11, § 653). « Le prêt proprement dit est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à remettre à l'autre de l'argent monnayé ayant cours ou des papiers ayant une valeur pécuniaire et payables à tout possesseur, sous condition de restitution en semblable qualité et quantité. » Le paragraphe 654 consacre l'obligation pour le débiteur d'effectuer le paiement au moment fixé ; le paragraphe 655 le droit du créancier à défaut d'exécution volontaire ou d'agir en exécution, ou de renoncer au contrat en demandant des dommages-intérêts. Le débiteur de la promesse pourra riposter par l'exception de circonstances changées (§§ 656 et 657). L'emprunteur est tenu d'accepter la somme qui lui a été promise, sous peine de dommages-intérêts égaux à au moins une demi-année des intérêts habituels du capital promis (§§ 658 à 660).

Le Code fédéral suisse a généralisé cette théorie. Au lieu de réglementer le contrat réel en laissant l'avant contrat soumis aux principes généraux, comme le font les Codes

(1) Code prussien, 1, 11, § 9 et 413.

français ou autrichien, il a légiféré sur le seul avant-contrat consensuel, réduisant le contrat réel à n'être plus qu'un stade sans valeur contractuelle du développement du contrat consensuel primitif (1).

ART. 321. — « Le prêt à usage ou commodat est un contrat par lequel le prêteur s'oblige à livrer une chose à l'emprunteur pour s'en servir gratuitement, à charge par l'emprunteur de la lui rendre après s'en être servi. »

ART. 329. — « Le prêt de consommation est un contrat par lequel le prêteur s'oblige à transférer à l'emprunteur la propriété d'une somme d'argent et d'autres choses fongibles, à charge par ce dernier de lui en rendre autant de même espèce et qualité. »

ART. 331. — « Si le prêteur tarde à livrer la chose, ou l'emprunteur à l'accepter, le droit de l'autre partie de l'y contraindre se prescrit par six mois à dater de la mise en demeure. »

ART. 475. — « Le dépôt est un contrat par lequel le dépositaire s'oblige envers le déposant à recevoir une chose mobilière que celui-ci lui confie et à la garder en lieu sûr. »

Cependant par une inconséquence critiquable, les rédacteurs du Code suisse ont conservé pour le gage la notion de contrat réel. ART. 210. — « Le droit de gage sur les meubles corporels ou sur les titres au porteur ne peut s'établir que par voie de nantissement, c'est-à-dire par la remise de la chose au créancier gagiste ou à son représentant. La re-

(1) Remarquer que le commodat et le prêt de consommation deviennent ainsi des contrats synallagmatiques.

mise n'est pas réputée faite, tant que la chose est encore entre les mains de celui qui constitue le gage. »

ART. 219. — « Le créancier gagiste perd son privilège tant qu'il consent à laisser la chose entre les mains de celui qui a constitué le gage (1). »

Sauf l'exception établie pour le gage, dans le système du Code suisse, la catégorie nombreuse d'avant-contrats, que nous rencontrons chaque fois que la remise matérielle était précédée d'un accord des parties, disparaît. Nous serons toujours en présence d'un contrat définitif soumis aux règles habituelles d'exécution et non plus de formation des contrats. L'avant-contrat ne se rencontrera plus ici que quand, comme dans la matière des contrats consensuels, l'une des parties veut seulement s'assurer la possibilité de contracter dans l'avenir, sans consentir à s'obliger dans le présent.

On a objecté qu'il n'y aurait pas d'intérêt pratique à substituer à la théorie classique du contrat réel celle que nous défendons. Le système du Code suisse aboutirait à créer deux catégories différentes de contrats consensuels :

(1) On éprouve quelque embarras à ranger le nouveau Code allemand soit parmi les législations qui admettent l'idée de contrat réel, soit parmi celles qui la rejettent. Sans doute les paragraphes 607 et 610 font nommément du prêt de consommation un contrat réel, tout en réglementant l'avant-contrat consensuel au contrat réel. Mais les auteurs du Code ont cherché manifestement à ne pas se prononcer entre les deux théories en présence, et n'ont fait entrer la notion de réalité ni dans la définition du dépôt, ni dans celle du prêt à usage (cf. §§ 688 et 598). La controverse a donc continué dans la doctrine allemande avec la même ardeur qu'auparavant.

les uns ayant d'abord pour seul but la remise qui constituait le contrat réel et se trouvant entièrement exécutés par cette remise qui ferait naître de nouvelles obligations, les autres engendrant au contraire toute une série de droits et d'obligations qui ne sauraient être répartis en un stade antérieur et un stade postérieur à la remise matérielle. Tout se ramènerait donc à une question de terminologie, et la différence de nature entre les contrats appelés habituellement consensuels et ceux appelés habituellement réels, subsisterait de toute manière.

Cette objection est sans fondement. La substitution de la notion d'un contrat synallagmatique unique à l'ancienne notion d'avant-contrat unilatéral consensuel, suivi d'un contrat réel unilatéral, conduirait sur certains points à des solutions différentes de celles actuellement adoptées, et permettrait seule d'expliquer logiquement des règles en contradiction avec l'idée de contrat réel, auxquelles cependant, sous la pression des faits, la jurisprudence a dû se rallier. Nous allons essayer de le montrer successivement pour les quatre contrats réels.

C'est pour le prêt de consommation que la théorie classique est le plus évidemment défectueuse. L'analogie de ce contrat, qui dans la pratique se présente presque toujours sous forme de prêt à intérêt, avec le louage, est frappante ; ce n'est qu'un louage de capitaux.

Dans le louage le bailleur contracte l'obligation de procurer au preneur la jouissance d'une chose pendant un

temps de, le preneur celle de payer les loyers et de restituer la chose au bailleur à la fin du bail ; dans le prêt à intérêt le prêteur contracte l'obligation de remettre à l'emprunteur une certaine somme d'argent, l'emprunteur en retour celle de payer les intérêts et de restituer une pareille somme à l'échéance. Sans doute au cas de louage la propriété de la chose louée reste au bailleur, tandis qu'il y a transmission de la propriété des deniers prêtés ; mais cette différence, plus apparente que profonde, tient à la nature des choses qui sont l'objet du contrat, et non à la nature du contrat lui-même ; elle se retrouve identique entre l'usufruit et le quasi-usufruit.

On a dit qu'à défaut d'exécution de la prestation le contrat réel ne prenait pas naissance et qu'il ne produisait pas d'effets, pas même à la charge de celui à qui incombe la non-exécution de la prestation. Ainsi le bénéficiaire d'une promesse de prêt, refusant de recevoir la somme promise, non seulement n'est pas tenu de restituer la somme qu'il n'a pas touchée, mais est même affranchi de l'obligation de payer des intérêts (1). Il y aurait là une sérieuse opposition avec le contrat consensuel où les droits de l'une des parties subsistent, quoique l'autre partie ait refusé de recevoir la prestation qui lui était offerte.

Mais nul ne conteste que des dommages-intérêts ne soient dus pour non-exécution de l'avant-contrat par celui qui avait promis d'emprunter ; or il est difficile de trouver

(1) Le Code prussien, 1.14, § 653, prononce l'obligation pour l'emprunteur d'accepter la somme qui lui a été promise.

une base à cette indemnité dans la théorie du contrat réel. L'avant-contrat au contrat réel était un contrat unilatéral n'obligeant que le futur prêteur ; le bénéficiaire de l'avant-contrat n'avait contracté aucune obligation ; il ne pouvait en assumer qu'à dater de la remise effective. Il ne devrait donc pas être tenu de dommages-intérêts envers celui qui n'a pu devenir son débiteur, puisque la prestation réelle n'a pas eu lieu. L'admission de l'action en dommages-intérêts par les partisans de la théorie du contrat réel est une de ces solutions, illogiques dans leur système, auxquelles ils ont été conduits par les nécessités de la pratique.

Quel devra être le montant de cette action en dommages-intérêts ? J'ai promis à B... de lui prêter 100.000 francs remboursables au bout de 3 ans, à 4 0/0 d'intérêt annuel ; B... qui s'était engagé à réaliser l'emprunt, refuse la somme quand je veux la lui remettre. Très évidemment je ne saurais lui réclamer restitution d'une somme d'argent que je n'ai pas effectivement versée, car cette réclamation manquerait de cause. Mais la non réalisation de l'emprunt ne m'aurait causé aucun dommage, si les intérêts m'avaient été cependant payés. Le dommage subi est précisément égal au montant de ces intérêts impayés ; c'est dire qu'en réalité l'emprunteur n'est pas affranchi de l'obligation de payer les intérêts qu'il avait promis, parce qu'il a refusé de toucher la somme empruntée.

Evidemment cette réclamation des intérêts d'une somme non effectivement versée n'est possible que si la

somme est bien réellement toujours tenue à la disposition de l'emprunteur, c'est-à-dire après dépôt à la Caisse des dépôts et consignations. Il y a là simple application des règles sur la mise en demeure du créancier. Mais on ne concevrait pas, si cela a été fait, que le capitaliste fût, par la mauvaise volonté de son co-contractant, obligé de chercher pour son argent un autre placement, peut-être moins sûr. La situation est la même que celle qui existe au cas de louage si le locataire n'entre pas en jouissance ; de l'avis unanime, le louage n'étant pas un contrat réel, le refus par le locataire de profiter des avantages par lui stipulés n'empêchera pas le contrat de naître ; le propriétaire lui pourra réclamer l'intégralité des loyers stipulés. Sans doute le locataire rentrera dans ses débours, s'il s'est réservé par son bail le droit de sous-louer ; mais il est toujours facile de rendre productive une somme d'argent, et, plus heureux que le locataire, l'emprunteur n'aura pas besoin pour pouvoir la prêter à un tiers d'une clause spéciale dans son contrat. Pourquoi donc alors ne pas donner, au cas de prêt comme au cas de louage, à la partie qui est prête à exécuter ses obligations le droit d'agir contre l'autre partie en exécution de ses obligations corrélatives, sans s'occuper de savoir si elle profite des avantages à elle concédés ?

En pratique une transaction interviendra souvent entre les parties ; le prêteur se contentera d'une indemnité versée une fois pour toutes par l'emprunteur qui veut renoncer au prêt. Mais il en sera généralement de même au cas

de louage si le locataire ne s'est pas réservé la faculté de sous-louer. Dans l'un et l'autre cas il y a résiliation volontaire du contrat, et non pas application des règles posées pour le cas de non-exécution. Une transaction de ce genre est rendue obligatoire par le Code prussien (1.11) qui, après avoir proclamé l'obligation pour l'emprunteur d'accepter la somme qui lui a été promise (§ 658), fixe les dommages-intérêts pour non-exécution de cette obligation à une demi-année des intérêts habituels du capital promis, à moins qu'un dommage supérieur ne puisse être prouvé (§ 659).

Ce n'est pas seulement quant à l'existence et au quantum de l'action en dommages-intérêts, que l'abandon de l'idée de contrat réel peut seule donner des solutions justes. L'intérêt de notre système apparaîtra encore en cas de compensation, de cession ou de saisie du droit au prêt, de non-paiement des intérêts stipulés, et pour la théorie des risques.

Compensation. — Supposons que A., ayant promis à B. de lui prêter pour deux ans 90 au 1^{er} janvier, vienne à acquérir contre le dit B. une créance de 100 à échoir à la date où devait être réalisé le prêt. Si le prêt est un contrat consensuel, obligatoire avant la remise réelle, au 1^{er} janvier existeront deux dettes ayant également pour objet une somme d'argent, également liquides et exigibles, entre lesquelles la compensation s'opérera donc de droit ; A. recevra donc 10 comptant et aura contre B. une créance de 90 payable dans deux ans. Si au contraire le prêt est un

contrat réel, la compensation ne pourra s'opérer, parce que la dette de A. sera une dette d'obligation de conclure un contrat et non pas une dette d'argent ; A. pourra donc exiger de B. le versement effectif de 100, quitte à lui représenter 90, et si le résultat final doit être en principe le même, il y aura là, en cas de mauvaise foi de l'une des parties, une possibilité de fraude qui n'existerait pas si la compensation s'était produite.

Cession de créance. — B., bénéficiaire d'une promesse de prêt faite par A., cède son droit à C., et, conformément à cette cession, A. verse les deniers promis à C. ; B. n'en restera pas moins, d'après la théorie unanimement admise, débiteur vis-à-vis de A. et de la restitution et du paiement des intérêts. Or comment expliquer ce résultat dans la théorie du contrat réel, où l'obligation de restituer ne saurait être antérieure à la remise ? B. n'avait contracté lors de la promesse de prêt aucune obligation ; la remise des deniers devait faire naître à sa charge la double obligation de payer les intérêts et de les restituer ; cette remise ayant été effectuée entre les mains de C., c'est à la charge de ce dernier seulement que peuvent naître ces obligations ; B. doit être mis entièrement hors de cause.

Nulle difficulté au contraire si les obligations réciproques des parties datent de la promesse de prêt ; la délégation faite par B. au profit de C. ne saurait évidemment l'affranchir d'une obligation antérieure au versement opéré par A.

Saisie. — Même difficulté dans la théorie du contrat

réel au cas de saisie par un tiers du droit du créancier de la promesse de prêt. En vertu de quoi ce créancier restera-t-il obligé à restitution, puisque le versement effectif a eu lieu entre les mains du tiers ?

Risques. — Les vices de la théorie du contrat réel apparaissent ici plus frappants encore. L'auteur de la demande d'emprunt est affranchi par son refus de toucher la somme, objet du contrat consensuel de prêt, de toutes les obligations qu'il aurait assumées en concluant le contrat réel. Si donc, à la suite de son refus, cette somme vient à être perdue, par exemple volée (et la même hypothèse pourra se réaliser s'il s'agit du prêt à usage d'un corps certain qui vient à être détruit), il ne saurait être question à sa charge ni de paiement d'intérêts, ni de restitution, mais seulement de dommages-intérêts (1); or ces dommages-intérêts ne doivent comprendre, d'après l'article 1151, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention; la perte éprouvée ensuite par l'auteur de la promesse de prêt, et résultant d'un cas fortuit postérieur, ne saurait donc entrer en ligne de compte.

Si nous admettons au contraire que la remise matérielle n'est qu'un acte d'exécution de la convention antérieure, les risques sont passés à l'emprunteur du moment où l'offre lui a été faite de lui remettre le prêt. Le prêteur sera donc dans la même situation que le vendeur, qui n'en aura pas moins le droit de réclamer le prix de la

(1) Encore avons-nous vu que dans la rigueur de la théorie du contrat réel, cette action elle-même devrait être refusée.

chose vendue parce qu'elle sera périe entre ses mains par la faute de l'acheteur qui a refusé de prendre livraison à l'époque convenue.

Non-paiement des intérêts. — Dans la théorie du contrat réel, le prêt consistant essentiellement en remise et restitution des deniers, les intérêts ne résulteraient que d'un contrat accessoire. S'ils étaient par suite impayés, le prêteur pourrait bien agir en paiement et en dommages-intérêts moratoires, mais non en résolution du prêt. S'il y a contrat synallagmatique consensuel, au contraire, le paiement des intérêts étant, aussi bien que la restitution, obligation de l'emprunteur, le prêteur pourra invoquer l'article 1184 et réclamer restitution immédiate du prêt. Et notre moderne contrat de prêt est si peu dans la pratique un contrat réel, que, presque toujours, les parties insèrent dans le contrat une clause de résolution en cas de non-paiement d'un terme ou de deux termes successifs des intérêts.

Une comparaison avec le cas du louage fera bien ressortir les défauts de la théorie du contrat réel. Si A. loue à B. une maison pour 1.000 francs payables par trimestre, et qu'il lui prête en même temps une somme d'argent aux intérêts de 5 0/0, également payables par trimestre, sans stipulation spéciale pour le cas de non-paiement des intérêts, il obtiendra résiliation du bail, à défaut par B. de payer les loyers, tandis que si l'on applique la théorie classique du contrat réel, il ne pourra réclamer restitution de la somme prêtée, à défaut de paiement des inté-

rêts ; et cependant le prêteur, à la différence du bailleur, risque de perdre son capital en même temps que les intérêts.

Pour le prêt à intérêt nous obtenons donc une construction théorique beaucoup plus logique et des solutions pratiques préférables, en substituant à la notion classique d'un avant-contrat unilatéral consensuel, suivi d'un contrat réel unilatéral, celle d'un contrat synallagmatique consensuel dont la phase réelle n'est plus qu'un acte d'exécution. Les mêmes avantages vont se retrouver, quoiqu'atténués, pour les trois autres contrats réels.

Cependant le dépôt et le commodat sont des contrats gratuits et par là prennent un caractère assez spécial. Seuls l'emprunteur ou le déposant ont intérêt à la réalisation de l'opération ; le prêteur ou le dépositaire ne sauraient donc être admis à agir en exécution, au cas bien improbable où leur en viendrait la fantaisie. En faut-il conclure que la prestation réelle est conclusion d'un contrat nouveau, d'où dateraient seulement les obligations de l'une des parties ? Pour le dépôt tout au moins, la remise n'est pas ce moment soi-disant caractéristique du contrat réel où les obligations de l'une des parties sont exécutées et où celles de l'autre commencent. Quelle que soit la théorie adoptée, nous l'avons vu (1), le dépositaire est seul obligé, il contracte la triple obligation d'accepter le dépôt, de le

(1) Cf. *suprà*, p. 189.

conserver et de le restituer ; ces deux dernières obligations, quoique supposant remise et acceptation du dépôt, peuvent lui être antérieures, comme au cas de contrat de louage d'ouvrage, visant par exemple des habits à nettoyer, l'obligation de nettoyer peut préexister à la remise qu'elle suppose nécessairement.

Et pour le commodat comme pour le dépôt, Schlossmann nous donne un exemple des erreurs où peut conduire le maintien de l'idée de contrat réel. Pour lui, la simple promesse de réalisation d'un de ces contrats n'engendrerait pas d'action en exécution (1) ; ces opérations purement gratuites n'affecteraient pas de caractère sérieux avant remise effective. Qui aurait l'idée d'agir en exécution d'une invitation à dîner ou à venir passer quelques jours à la campagne ? La promesse de prise en dépôt ou de prêt à usage serait quelque chose d'analogue, une promesse de pure complaisance ; il y aurait donc bien contrat réel, naissant seulement lors de la remise du dépôt ou du prêt. Ce serait même là le seul cas véritable de contrat réel, puisqu'il n'y aurait pas d'avant-contrat antérieur, obligeant à la remise.

Mais cette théorie n'est pas admissible. La soi-disant similitude de situation entre le cas de promesse de commodat et celui d'invitation à dîner n'existe pas ; au second cas il y a offre purement gracieuse, au premier il y a une véritable affaire conclue. La promesse de prêt ou de prise

(1) Schlossman, *Über den Vorvertrag*, § 6, *Ih. Jahrb. f. Dogm.*, t. 45.

en dépôt est souvent convention accessoire à un autre contrat, ou du moins ce sera la conséquence de rapports d'affaires, de services analogues rendus autrefois ; les parties la considèrent toujours comme un contrat et prennent souvent d'avance des dispositions en vue de son exécution ; si le bénéficiaire du contrat perdait par suite de la gratuité le droit d'agir en exécution, l'habitude se serait certainement vite établie de stipuler pour le service rendu un salaire infime qui donnerait à l'emprunteur ou au déposant les mêmes droits qu'au prêteur du prêt à intérêt.

Unger (1) avait cru trouver ailleurs matière à maintien partiel de la catégorie des contrats réels. Le gage et le commodat sont conclus dans l'intérêt exclusif du recevant ; celui-ci ne contracte d'obligation que comme conséquence de la dation reçue, et s'en affranchira par suite en la refusant ; il ne s'oblige qu'en tant et autant qu'il prend. La promesse antérieure est sans force ; le but des parties en passant cette promesse n'était pas de conclure un contrat consensuel, mais seulement de régler les modalités sous lesquelles l'affaire se conclura par la dation et l'acceptation.

La différence faite par Unger entre le cas de contrat dans l'intérêt exclusif du recevant et celui de contrat dans l'intérêt exclusif de l'auteur de la prestation, comme le dépôt, est difficile à saisir. Sans doute le bénéficiaire de

(1) Unger, *Realcontracte im heutigen Recht*, 1h. Jahrb. f. Dogm., t. 8.

la promesse de commodat ou de gage ne saurait être obligé à recevoir le prêt ou le gage, faute d'intérêt du promettant à l'y contraindre ; mais de même le déposant ne saurait être obligé à réaliser le dépôt, faute d'intérêt du dépositaire à l'y obliger.

La situation est la même dans ces trois contrats ; ils sont facultatifs pour l'une des parties, parce que, seule, elle a intérêt à leur exécution ; ce bénéficiaire est dans une situation très analogue à celle du bénéficiaire d'un avant-contrat, maître aussi de faire naître ou non à son gré les obligations de son co-contractant. Mais au cas d'avant-contrat le stipulant n'a pas encore donné son consentement ; c'est pourquoi l'on ne saurait admettre qu'il y ait contrat définitif à exécution différée ; ici au contraire le contrat est déjà conclu ; si le bénéficiaire n'en réclame pas exécution, c'est par suite d'un changement d'avis postérieur ; mais en aucun cas il n'a à consentir à nouveau à ce qui est déjà décidé.

Les inconvénients pratiques du maintien pour le gage de l'idée de contrat réel sont très nettement apparus dans une récente espèce de jurisprudence.

Des valeurs promises en gage avaient été, par suite de la minorité du constituant, déposées à la Caisse des dépôts et consignations ; le gagiste n'avait donc pas été effectivement mis en possession. Le débiteur, auteur de la promesse de gage, en profita pour agir en nullité du privilège concédé à son créancier, sous prétexte que le contrat de

gage, contrat réel, n'avait pu prendre naissance puisque la remise de la chose n'avait pas eu lieu (1).

Le tribunal de Chinon lui donna gain de cause, mais la Cour d'Orléans le débouta au contraire par un arrêt du 21 décembre 1894. « Les formalités des articles 2073 et 2076 n'ont été prescrites par le législateur que pour la constitution du privilège à l'égard des tiers, afin qu'ils fussent avertis ; mais elles ne sont pas imposées aux parties contractantes dans leurs rapports entre elles ; à leur égard il suffit d'un engagement valable dans les termes du droit commun. » Ces motifs sont très nets : c'est le rejet formel de la théorie du contrat réel. La mise en possession n'apparaît plus que comme un acte d'exécution ; le moment de l'engagement consensuel est aussi celui de la conclusion du contrat ; dès cet instant le droit réel existe. Peu importe que la remise ait eu lieu ou non, du moment que sur la base de l'accord consensuel il pouvait être agi en conclusion.

Malheureusement la Cour de cassation infirma l'arrêt d'Orléans par un arrêt du 18 mai 1898 (2). Revenant à l'idée que le contrat de gage est un contrat réel, elle proclama qu'il est de son essence même que la chose donnée en gage soit mise en la possession du créancier ; à défaut d'accomplissement de cette condition, le privilège établi par l'article 2073 n'a pu être constitué ; le droit de gage n'existe pas, même entre les parties.

(1) C'est la solution admise par l'article 219 du Code fédéral suisse des obligations.

(2) S. 98.1.433.

La solution admise par la Cour de cassation, sous l'influence du mot de contrat réel, dépasse de beaucoup la portée que l'on entend habituellement attribuer à cette expression ; elle tend à nous ramener au droit romain. La convention est par elle seule obligatoire en droit actuel ; si donc l'on soutient encore que le gage est un contrat réel, cela veut seulement dire que l'obligation essentielle du gagiste, à savoir l'obligation de restituer le gage, ne peut exister s'il n'y a pas eu remise. Mais personne n'entend nier par là que la promesse d'affecter une chose mobilière à une créance donnée ne soit obligatoire par elle-même et en dehors de toute remise audit créancier. Dans l'espèce le créancier ne saurait être actionné en restitution d'un gage qu'il n'a pas reçu ; mais il peut invoquer ses droits sur la chose (1) tout au moins vis-à-vis de son débiteur, car vis-à-vis des tiers intervient une question de publicité.

Le maintien de cette dénomination de contrat réel qui ne correspond plus à des particularités pratiques, a donc dans l'espèce induit les juges en erreur et fait prévaloir une solution regrettable.

Le contrat où l'on voit habituellement un avant-contrat consensuel à un contrat réel, n'est autre chose que le contrat unique et définitif dont la remise réelle ne sera

(1) Cf. en ce sens, Lyon Caen, note dans *Sirey*, sous l'arrêt de Cassation précité, Charmont, note sous le même arrêt, dans la *Revue critique*, 1899, p. 76.

qu'une phase d'exécution. Bien loin d'être les contrats le plus fréquemment précédés d'avant-contrats, les contrats dits réels sont ceux où l'emploi de l'avant-contrat sera le plus rare. Il en sera ainsi du moins du prêt à usage, du dépôt et du gage, parce qu'ils sont conclus dans l'intérêt exclusif de l'une des parties ; il est donc absolument inutile pour ce bénéficiaire, s'il n'est pas encore décidé à réaliser le contrat projeté, de conclure un avant-contrat. Il lui suffit de différer l'exécution du contrat définitif à laquelle, faute d'intérêt, son co-contractant ne saurait le contraindre.

Mais pour le prêt à intérêt l'avant-contrat conserve toute son utilité ; nous en indiquerons les principales applications dans notre seconde partie. Et l'emploi de l'avant-contrat retrouvera sa raison d'être pour le dépôt au cas de plus en plus fréquent, où, contrairement à la définition du Code, la stipulation d'un salaire vient le transformer en contrat synallagmatique.

Dans ces différents cas l'avant-contrat reprendra sa signification ordinaire ; l'une des parties se trouvera placée à la disposition de l'autre, qui seule aura le droit d'exiger la remise matérielle, premier acte d'exécution d'où découleront tous les autres.

§ 3. — Seuls cas possibles d'avant-contrats synallagmatiques.

L'avant-contrat apparaît donc presque toujours comme un contrat unilatéral tendant à la conclusion d'un contrat

synallagmatique. Cependant le caractère unilatéral n'est pas de son essence, et nous avons vu deux cas possibles d'avant-contrat synallagmatique : l'avant-contrat tendant à constitution d'une hypothèque, et l'avant-contrat tendant à subrogation par le débiteur dans sa dette.

Ce qui oblige en effet les parties à surseoir à la conclusion du contrat définitif pour passer seulement un avant-contrat, c'est l'absence d'un des éléments essentiels du contrat définitif ; toutes les fois que l'entrée en vigueur du contrat dépend seulement de la réalisation d'un événement extérieur, il y a contrat définitif sous condition.

Des quatre éléments essentiels de la conclusion d'un contrat, il en est deux, l'objet et la cause, en dehors desquels il n'y a que néant. Il n'en est pas de même de la capacité des parties ou du consentement de l'une d'entre elles. Mais nous avons vu qu'un avant-contrat ne saurait être passé par des parties incapables de conclure le contrat définitif auquel tend cet avant-contrat. Le seul élément essentiel dont l'absence peut transformer en avant-contrat le contrat définitif, c'est donc le consentement de l'une des parties. D'où il suit que l'avant-contrat sera presque toujours un contrat unilatéral visant conclusion d'un contrat définitif.

Mais quand la loi exige pour l'existence du contrat l'accomplissement d'une solennité, sans cependant faire de cette solennité une condition *sine qua non* du consentement des parties, un autre motif apparaît à la conclusion d'un avant-contrat. Et c'est précisément le cas dans les deux hypothèses que nous rappelions plus haut.

CHAPITRE VI

LE CONTRAT DÉFINITIF.

En principe un contrat est le produit de la libre volonté des parties contractantes.

Il existe cependant des obligations légales de contracter, soit à la charge de ceux qui exercent certaines professions réglementées, comme les pharmaciens, soit à la charge des bénéficiaires d'un monopole légal, comme les Compagnies de chemins de fer, et la jurisprudence considère cette obligation légale comme existant aussi à la charge des bénéficiaires d'un monopole de fait, mettant ceux qui voudraient contracter avec eux dans l'impossibilité de s'adresser ailleurs.

Un testateur peut d'autre part imposer à ses légataires, ou dans de certaines limites à ses héritiers, l'obligation de conclure un contrat ; et le légataire ou l'héritier ne pourraient s'y soustraire qu'en refusant le legs ou en répudiant la succession.

Enfin, et c'est le cas du contrat que nous désignons sous le nom de contrat définitif, l'obligation de contracter peut résulter de la libre volonté de celui qui en est grevé, exprimée dans un contrat antérieur, ou avant-contrat. Sans doute, pris en lui-même, le contrat définitif n'est pas l'œu-

vre de la volonté libre des parties contractantes ; mais cela tient à son caractère d'acte d'exécution, à l'abdication de sa propre liberté consentie par l'un des contractants dans un contrat antérieur, qu'il était libre de conclure ou non.

Il faudrait se garder du reste de donner une place trop prépondérante à ce caractère obligatoire du contrat définitif. Il a par lui-même une existence propre ; c'est au moment de sa conclusion seulement qu'est réalisée, sans effet rétroactif, l'opération voulue par les parties.

Cette conclusion se produit, nous l'avons vu, lors de l'acceptation par son destinataire de l'offre contenue dans l'avant-contrat. S'il est procédé plus tard à la confection d'un acte, cet acte ne fait que constater la passation antérieure du contrat définitif.

Le contrat définitif ne saurait être en lui-même l'objet d'une étude spéciale. Tous les avant-contrats ont des caractères communs tenant à l'éventualité du droit qu'ils engendrent ; mais quand le contrat définitif est conclu, ses effets ne se ressentent plus de la période d'incertitude qui l'a précédé. Qu'il y ait eu ou non avant-contrat, le contrat définitif obéira aux règles de la catégorie de contrats à laquelle il appartient, et à ces règles seules ; ce sera une vente, un louage, un prêt, un gage, un contrat d'hypothèque, qui ne se distingueront en rien du contrat de prêt, de gage ou de vente conclu entre des parties que ne liait aucun rapport de droit antérieur.

Une seule remarque peut être faite qui s'appliquera à tous les contrats définitifs. S'il est rédigé un acte consta-

tant la conclusion d'un contrat sur la base d'un avant-contrat antérieur, puisque celui qui se croyait obligé à la conclusion du contrat définitif découvre la nullité de l'avant-contrat qu'il croyait exécuter, cette nullité entraînerait l'inexistence du contrat définitif. L'acte rédigé n'a pas en effet par lui-même de valeur dispositive ; il constate seulement la conclusion antérieure du contrat définitif par l'acceptation de l'offre résultant de l'avant-contrat. Si cette offre était nulle, elle n'a pu être l'objet d'une acceptation valable ; le contrat définitif ne s'est donc pas formé. Puisque l'acte écrit n'a qu'une valeur probatoire et n'engendre pas par lui-même d'action, le promettant pourrait en refuser l'exécution, ou si elle est déjà accomplie, répéter ce qu'il a presté sans cause.

DEUXIÈME PARTIE

APPLICATIONS PRATIQUES DE LA THÉORIE DE L'AVANT-CONTRAT

Nous ne chercherons pas à passer en revue, dans cette seconde partie de notre travail, toutes les hypothèses où peut être conclu un avant-contrat. En principe, nous l'avons vu, un avant-contrat peut obliger à la conclusion d'un contrat définitif de n'importe quelle espèce. Nous avons montré cependant que cette règle souffrait une exception pour certains contrats solennels (1), et que d'autre part l'avant-contrat était inutile à la partie désireuse de s'assurer éventuellement l'exécution d'un contrat de gage, de commodat et de dépôt (2). Mais le domaine de l'avant-contrat reste trop vaste pour que nous puissions l'explorer complètement ici.

Nous voudrions seulement en indiquer quelques applications spécialement fréquentes, montrer comment, dans certaines hypothèses, les dispositions des diverses législations positives ou les décisions de la jurisprudence s'ac-

(1) Cf. *suprà*, p. 55 et suiv.

(2) Cf. *suprà*, p. 206 et suiv.

cordent avec le concept d'avant-contrat, comment, dans d'autres cas, parce qu'on a recours à d'autres constructions des complications ont surgi ou des solutions contraires à l'intention des parties ont prévalu.

Nous étudierons donc sommairement :

Dans un premier chapitre, les fiançailles en France et dans quelques pays étrangers ;

Dans un second chapitre, diverses modalités du contrat de vente ;

Dans un troisième chapitre, les avant-contrats de louage ;

Et dans un quatrième chapitre, les avant-contrats de prêt.

CHAPITRE PREMIER

DES FIANÇAILLES.

On appelle fiançailles la promesse que se font réciproquement un homme et une femme de se prendre pour époux. Si une semblable promesse peut servir de base à une action en exécution, elle est un avant-contrat.

Il ne peut être question ici d'avant-contrat unilatéral à un contrat synallagmatique, puisque les deux parties ont également consenti. Mais le mariage n'est pas dores et déjà conclu à terme par l'échange des consentements pour l'avenir ; il y faut quelque chose de plus : certaines formes ont été jugées nécessaires par la loi pour éclairer pleinement les parties sur les conséquences de leurs actes. Les fiançailles pourraient donc, faute d'un élément essentiel au contrat solennel de mariage, constituer un avant-contrat synallagmatique, si nous n'avions vu que l'avant-contrat consensuel à un contrat solennel devait être dénué de force obligatoire lorsqu'il fournirait un moyen de tourner la loi, en permettant aux parties de s'engager sans l'observation des solennités prescrites.

C'est pourquoi le Code civil, qui veut que les parties arrivent devant l'officier de l'état civil entièrement libres de contracter mariage ou non, a passé les fiançailles sous silence. Si de nos jours des fiançailles précèdent encore

habituellement le mariage, c'est donc par survivance d'une coutume sans portée juridique ; aucune obligation ne saurait exister à la charge des fiancés.

Il n'en a pas toujours été ainsi. Dans notre ancien droit les fiançailles constituaient un véritable contrat créateur d'obligations. Une action en exécution des fiançailles était possible, quoique déjà le principe de la liberté des parties contractantes dans le mariage s'opposât à ce qu'elle pût aboutir à une conclusion forcée : *cum libera esse debent matrimonia, monenda est potius quam cogenda sponsa*.

Mais n'est-ce pas le caractère commun des obligations de faire de ne pouvoir être exécutées de force, si cette exécution impliquait contrainte sur la personne ? Ici la distinction, que nous avons repoussée ailleurs (1), entre la promesse de conclure un contrat dans l'avenir et la conclusion immédiate de ce contrat pour un terme donné, était légitime. Les fiançailles n'avaient pas pour effet l'émission d'une offre qui par l'acceptation du destinataire produirait le contrat (2). Le consentement contenu dans les fiançailles était limité à elles ; elles ne contenaient pas un consentement au mariage, mais obligeaient les contractants à émettre ce consentement dans un avenir indéterminé, obligation de faire personnelle à l'obligé et qui n'est pas susceptible d'exécution forcée. De puissants moyens de contrainte indirecte étaient employés, en première ligne l'ex-

(1) Cf. *suprà*, p. 54.

(2) Sans quoi le mariage serait conclu dès l'instant des fiançailles, puisque les parties ont toutes deux consenti.

communication ; une stipulation de peine adjointe au mariage pour le cas de non-conclusion était valable. A cette époque, les fiançailles constituent donc véritablement un avant-contrat.

Ce caractère s'atténue sensiblement après les arrêts du Parlement de Paris de 1637 et 1638 qui interdisent l'emploi des censures ecclésiastiques contre les parties refusant de conclure le mariage promis, et réduisent la sanction à une condamnation à des dommages-intérêts. Ces dommages-intérêts sont en effet beaucoup moins complets que ceux accordés pour inexécution d'un avant contrat ordinaire ; ils ne représentent que les frais et la perte de temps entraînés par la préparation du mariage, et la réparation de l'affront souffert, à l'exclusion du gain dont le fiancé a été privé par la rupture du mariage, c'est-à-dire le *damnum emergens* sans le *lucrum cessans*. Et d'autre part les stipulations de peine adjointes aux fiançailles sont déclarées nulles, de sorte que les fiançailles cessent d'être ce qu'elles apparaissaient essentiellement pendant la période antérieure : un contrat avec droit de retrait (1).

Depuis la promulgation du Code civil les fiançailles ont perdu tout caractère contractuel. Les hésitations qui s'étaient d'abord manifestées dans la jurisprudence, notamment sous l'influence de Merlin et de Toullier (2), ont cessé depuis un arrêt de Cassation du 28 mai 1838 (3), qui porte,

(1) La jurisprudence, il est vrai, n'est pas très fixe, et certains arrêts admettent encore la validité des clauses pénales adjointes aux fiançailles.

(2) Merlin, *V^o Fiançailles*, in princ. Toullier, t. VI, n^{os} 293 et suiv.

(3) S. 38 1.491.

à propos d'une action en dommages-intérêts pour rupture de fiançailles : « Cette action ne prend pas sa source dans la validité de la promesse de mariage, mais dans le fait du dommage causé, et dans l'obligation imposée par la loi à celui qui en est l'auteur de le réparer. »

La jurisprudence continue en effet à accorder des dommages-intérêts pour non-exécution d'une promesse de mariage. Mais c'est sur l'article 1382, conformément à l'arrêt que nous venons de citer, et non plus sur l'article 1142 qu'elle se fonde ; et en conséquence elle prononcera toujours la nullité de la clause pénale adjointe aux fiançailles. Malheureusement cet octroi de dommages-intérêts se concilie très mal avec le refus aux fiançailles de tout caractère obligatoire, et la liberté particulière requise pour le mariage par le Code civil.

M. Colin (1) l'a nié cependant. La promesse de mariage ne saurait être assimilée à un contrat, parce que, comme l'a dit Laurent, il n'y a dans le mariage ni créancier, ni débiteur ; c'est par suite d'un délit civil, et non pour inexécution d'un contrat que les dommages-intérêts sont accordés ; et c'est pourquoi ils ne représentent que le *damnum emergens* à l'exclusion du *lucrum cessans*.

Cette théorie pourrait sembler exacte lorsque les dommages-intérêts sont accordés pour séduction et grossesse consécutive. Encore faudrait-il que ce fût le fait même de la séduction qui engendrât les dommages-intérêts, sans

(1) Colin, *Des fiançailles et des promesses de mariage*, thèse, Paris, 1897.

que les tribunaux eussent à rechercher si elle a été précédée de fiançailles formelles ou plus ou moins vagues. Mais les tribunaux n'accordent de dommages-intérêts que dans ce dernier cas ; or pourquoi l'existence de fiançailles antérieures engendrerait-elle une responsabilité spéciale à la charge du séducteur, si les fiançailles sont dénuées de valeur contractuelle ? Sans doute la bonne foi de la jeune fille a été surprise ; mais du moment qu'il n'y a pas inexécution d'un contrat dont elle serait créancière, elle n'a droit à une réparation que si elle a souffert un dommage ; ce n'est pas le fait qu'elle espérait conclure un contrat qui constitue ce dommage.

Du reste la jurisprudence n'a pas borné l'action en dommages-intérêts à l'hypothèse de séduction. Un récent arrêt de Bordeaux, confirmé en Cassation (1), accorde une indemnité à une ex-fiancée, qui n'avait pas été victime de séduction, parce que son fiancé avait agi avec une grande légèreté et rompu à la veille seulement du mariage et sans motifs. Que devient ici le principe de la liberté absolue des futurs époux devant l'officier de l'état civil ? Sans doute la Cour de cassation a cherché à atténuer la portée de son arrêt : « Le seul fait de l'inexécution d'un mariage projeté ne peut par lui-même motiver une condamnation à des dommages-intérêts, puisqu'une telle condamnation porterait une atteinte indirecte à la liberté du mariage ; mais il en est autrement lorsque son inexécution est ac-

(1) Bordeaux, 8 mai 1900 ; Cass., 12 novembre 1901, S. 02.1.237.

compagnée de circonstances indépendantes de la rupture elle-même et constituant un fait dommageable. » Mais quelles sont ici ces circonstances indépendantes de la rupture ? La légèreté du fiancé ? Elle ne constitue une faute de sa part que s'il était engagé dans un contrat antérieur. Le fait que cette rupture n'a eu lieu qu'à la veille du mariage projeté ? Mais il faudrait alors *a fortiori* condamner à des dommages-intérêts celui des fiancés qui prononcerait un « non » devant l'officier de l'état civil ; et peut-on soutenir sérieusement dans cette hypothèse, même si les dommages-intérêts ne montent qu'aux frais faits en vue du mariage et à la réparation de l'affront subi, que les fiancés sont, jusqu'au moment de leur union devant l'officier de l'état civil, entièrement libres ?

La liberté du mariage étant un principe d'ordre public, l'action basée sur la non-réalisation d'une promesse de mariage est l'exercice d'un droit inadmissible, et cette non-réalisation ne peut jamais constituer une faute juridique quelconque. Telle était l'argumentation du pourvoi contre l'arrêt de la Cour de Bordeaux, argumentation irréfutable au point de vue des textes du Code civil. Si l'un des fiancés a subi un dommage, c'est qu'il s'est comporté en face d'un simple projet comme en face d'un contrat déjà conclu. Admettrait-on le propriétaire qui, à la suite de pourparlers pour la location d'un appartement, y ferait exécuter des travaux qu'il juge de nature à plaire à son locataire éventuel, à intenter contre celui-ci, si, en fin de compte, il se refusait à passer le contrat, une action en

paiement des frais faits ? L'action en dommages-intérêts, admise par l'arrêt de Cassation précité, n'est pas moins exorbitante au point de vue des principes.

Faut-il donc ou abandonner la jurisprudence, pratiquement excellente, qui s'est constituée pour la rupture des promesses de mariage, ou rendre aux fiançailles la valeur d'un avant-contrat donnant droit à réparation intégrale du dommage subi, en cas d'inexécution de l'obligation de faire qu'elles fondent ? Il y a suivant nous une solution intermédiaire qui aboutirait au maintien des solutions de la jurisprudence actuelle, mais sur d'autres bases : il suffirait d'adopter la théorie de la responsabilité précontractuelle que nous avons exposée dans notre première partie (1).

L'entrée en rapport suppose dans ce système la conclusion d'un avant-contrat tacite, obligeant les parties, qui entament des négociations préalables à un contrat, à les poursuivre loyalement. Or, si, nous l'avons vu, la nature spéciale du mariage empêche que les fiançailles n'engendrent pour les fiancés l'obligation de se prendre respectivement pour époux dans l'avenir, elles constituent tout au moins un projet de contrat. L'abandon de ce projet obligera son auteur au paiement d'une indemnité, s'il n'est pas basé sur une cause légitime de rupture ; le fiancé qui rompt au dernier moment par pure légèreté sera tenu de dommages-intérêts, parce que les fiançailles con-

(1) Cf. *suprà*, p. 75 et suiv.

tenaient de sa part l'engagement contractuel tacite d'épouser sa fiancée, sauf changement dans les circonstances. Celui qui fait une promesse de mariage, sans avoir l'intention de la tenir, et qui en profite pour séduire sa fiancée, ne sera pas tenu d'exécuter la promesse dénuée de valeur qu'il a souscrite, mais pourra être condamné à des dommages-intérêts pour inobservation, dans les négociations préalables au mariage, de l'obligation de loyauté résultant pour lui du consentement qu'il a donné à ces négociations, consentement qui, se rencontrant avec celui de sa fiancée, a créé pour l'un et pour l'autre un certain état de responsabilité contractuelle.

Quoi qu'il en soit, beaucoup de législations étrangères, adoptant une solution différente de celle du Code français, ont accordé aux fiançailles une certaine force obligatoire.

Il en était ainsi par exemple du Code prussien (1), qui exige pour les fiançailles le consentement des parents et la capacité des parties dans les mêmes conditions que pour le mariage, et permet de les conclure par écrit en justice ou par devant notaire. Les fiançailles engendraient alors une action en conclusion, qui sans doute, en cas de refus persistant, ne pouvait aboutir à la conclusion forcée du mariage, mais qui donnait lieu à des dommages-intérêts beaucoup plus élevés que le *damnum emergens*, admis comme base par notre ancienne jurisprudence du xviii^e siècle. En effet, s'il y avait eu clause pénale

(1) Code prussien, II, 1, §§ 75 à 135.

stipulée, elle devait être payée ; à défaut, l'auteur de la rupture devait remettre à l'autre le quart de la somme prévue comme dot ou comme gain de survie ; si aucune stipulation de ce genre n'avait été faite, les tribunaux appréciaient les dommages-intérêts suivant les circonstances ; en outre l'auteur de la rupture devait restituer les présents qu'il avait reçus et ne pouvait revendiquer ceux qu'il avait donnés.

Les fiançailles avaient bien là la valeur d'un avant-contrat, engendrant une obligation de faire, résoluble en dommages-intérêts.

Le récent Code civil allemand a consacré des principes différents. « Les fiançailles, décide le paragraphe 1297, ne fondent pas d'action en conclusion de mariage. » Néanmoins les articles suivants ordonnent le paiement par l'auteur de la rupture d'une indemnité égale aux dépenses faites ou aux obligations contractées dans une mesure raisonnable en vue du mariage, et le paiement de dommages-intérêts équitables, s'il y a eu séduction consécutive aux fiançailles. Il faut donc ici, comme dans la jurisprudence française, supposer tout au moins conclusion d'un avant-contrat tacite, obligeant les fiancés à coopérer loyalement à la conclusion du mariage projeté (1).

Enfin parmi les législations cantonales suisses, plusieurs avaient, de manière toute spéciale, donné aux fiançailles une valeur contractuelle. La conclusion du contrat de fiançail-

(1) Le Code autrichien, art. 45 et 46, admet un système analogue.

les y demande l'emploi de formes solennelles; ainsi à Vaud et à Fribourg, elle a lieu devant l'officier de l'état civil: dans ces mêmes cantons les fiançailles fondent une action en conclusion du mariage, qui ne se transforme en dommages intérêts que lors de la condamnation. « L'effet de cette action est de contraindre au mariage la partie qui s'y refuse, ou, si elle persiste dans son refus, de la faire condamner à des dommages-intérêts envers l'autre partie (1). »

Les fiançailles sont même, dans ces législations, plus qu'un avant-contrat engendrant l'obligation de célébrer postérieurement le mariage; elles produisent d'autres effets de droit: reconnaissance d'un droit de succession au fiancé survivant, en cas de décès de l'autre fiancé après les fiançailles, légitimation plus facile des enfants conçus après les fiançailles, extension pour les mêmes enfants des effets de la filiation naturelle en dehors de toute légitimation (2). Ces effets, que nous n'avons pas à déterminer plus complètement ici, accentuent encore le caractère obligatoire des fiançailles.

Mais, comme le Code civil allemand, le récent Code civil suisse marque une réaction contre l'importance trop grande accordée aux fiançailles. Son article 91 porte: « La loi n'accorde pas d'action pour contraindre au mariage le

(1) Vaud, art. 61.

(2) Cf. sur toute cette matière, Huber: *Schweizerisches Privatrecht*, t. I, §§ 14, 25, 30; t. II, § 54; et Carnet, *Les fiançailles dans les législations allemande et suisse*, thèse, Lyon, 1903.

fiancé qui s'y refuse. L'exécution des peines conventionnelles qui auraient été stipulées ne peut être réclamée. » Cependant l'article 92 accorde une indemnité équitable pour les dépenses faites de bonne foi en vue du mariage, lorsqu'il y a rupture sans motifs ; la même indemnité peut être réclamée par le fiancé auteur de la rupture si son co-fiancé lui en avait donné de justes motifs. L'article 93 admet même des dommages-intérêts pour le préjudice moral causé, lorsque la rupture porte une atteinte grave aux intérêts personnels d'un des fiancés et que son auteur est en faute (1).

Le nouveau Code suisse consacre donc à peu près les solutions admises par la jurisprudence française (2).

Tant en droit étranger qu'en droit français, les fiançailles constituent donc, même là où la loi leur dénie le caractère d'un contrat obligeant à conclure le mariage, un avant-contrat susceptible d'engendrer une certaine responsabilité pécuniaire à la charge de ceux qui l'ont conclu. La notion d'avant-contrat déborde ainsi le droit des obligations, pour trouver dans le droit de la famille, avec les modifications qu'impose le caractère extra-pécuniaire des contrats de cette branche du droit, d'intéressantes applications.

(1) Dans ce dernier cas l'action est incessible.

(2) L'article 94 règle la question de la restitution des présents, et l'article 95 fixe pour toutes les actions fondées par la rupture une prescription de un an.

CHAPITRE II

AVANT-CONTRAT DE VENTE.

C'est dans les différentes modalités du contrat de vente que se rencontrent les plus nombreuses applications de l'avant-contrat.

Le Code civil proclame l'identité de la promesse synallagmatique de vente et de la vente ; nous nous sommes occupés de la question dans le cinquième chapitre de notre première partie, et ralliés au point de vue du Code ; nous n'avons plus à y revenir ici.

Mais nous aurons à étudier successivement en cinq paragraphes distincts :

1^o La promesse unilatérale de vente ;

2^o La promesse d'achat ;

3^o Cette sorte de promesse de vente conditionnelle, qu'on désigne sous le nom de pacte de préférence ;

4^o Le pacte de rachat, dont notre Code a fait une vente sous condition résolutoire, mais qu'il serait plus logique de traiter comme une simple promesse unilatérale de vente ;

5^o Les ventes à goûter ou à l'essai, réglementées de façon obscure par les articles 1587 et 1588, et qui constituent en réalité, suivant les cas, des ventes conditionnelles ou des promesses de vente.

§ 1. — Promesse unilatérale de vente.

La promesse unilatérale de vente n'est l'objet d'une réglementation spéciale dans aucun Code. Les principes généraux s'appliquent donc, et suffisent en effet à résoudre toutes les difficultés de la matière.

Cependant, d'après M. Planiol (1), les commentateurs se seraient en général mépris sur le sens de l'article 1589, qu'il faudrait lire : « La promesse de vente vaut vente, après acceptation par son bénéficiaire, du moment que lors de la promesse les deux parties étaient d'accord sur la chose et sur le prix. » Au lieu d'exprimer, ce qui était bien inutile, l'identité de la promesse synallagmatique de vente et de la vente, l'article 1589 viserait donc la promesse unilatérale de vente et aurait pour but de trancher une controverse soulevée par Pothier, en décidant la nullité de la promesse de vente dans laquelle le prix n'est pas déterminé.

Ainsi compris, l'article 1589 applique à l'avant-contrat de vente les principes généraux que nous avons dégagés dans notre première partie. Il analyse la promesse unilatérale de vente en un contrat contenant une offre de vendre, offre qui, au moment où l'acceptation vient la rencontrer, se transforme en vente définitive, sans qu'il soit besoin de la rédaction d'un acte formel de vente, ni que l'auteur de l'offre ait à donner à nouveau son consentement.

(1) Planiol, t. II, 2^e édit., n^o 1407.

La jurisprudence, tout en considérant l'article 1589 comme visant seulement la promesse synallagmatique, arrive aux mêmes résultats ; nous avons eu à maintes reprises, au cours de notre première partie, l'occasion d'indiquer cette jurisprudence conforme aux principes que nous exposions.

La promesse unilatérale de vente est d'un très fréquent emploi. Elle peut se présenter soit comme contrat principal, soit comme contrat accessoire.

Comme contrat principal son utilité apparaît restreinte, parce qu'elle ne présente d'avantages que pour l'acheteur éventuel. Celui-ci peut conclure la vente au prix fixé dans la promesse ; mais rien ne l'empêche d'entamer de nouveaux pourparlers, s'il espère obtenir des conditions plus avantageuses, puisque l'avant-contrat ne lui impose aucune obligation. La conclusion d'un avant-contrat de vente comme opération isolée sera donc rare. Cependant il peut arriver qu'un propriétaire signe à un acheteur hésitant une promesse de vente, pour le décider en fermant la porte à toute discussion ultérieure ; mais une offre unilatérale de vendre, accompagnée de fixation d'un délai, semblerait mieux appropriée à la situation.

D'autre part il se peut qu'un fondé de pouvoir signe une promesse d'achat, sous réserve de ratification par son mandant (1). Il n'y a pas là vente sous la condition de ratification par le mandant ; le consentement du man-

(1) Cf. un cas exactement réciproque de promesse d'achat, dans un arrêt de Cassation du 11 mars 1879, D. 81.1.34.

dant fait entièrement défaut. Nous sommes donc en présence d'un avant-contrat, signé au nom du bénéficiaire du contrat définitif par un mandataire.

La promesse unilatérale de vente est beaucoup plus fréquemment employée comme contrat accessoire. L'avantage assuré au bénéficiaire de l'avant-contrat sera alors la contre-partie des bénéfices retirés de l'ensemble de la convention par le promettant. Ainsi un propriétaire consentira volontiers pour s'assurer un bail de longue durée, à signer une promesse de vente à l'expiration du bail. Le caractère accessoire de l'avant-contrat aura alors pour conséquence de le rendre caduc au cas où le contrat principal viendrait à être annulé (1).

Lorsque la promesse de vente est adjointe à une vente, elle constitue souvent une promesse de revente au vendeur primitif. Nous étudierons dans un paragraphe spécial ce pacte de revente, qui est réglementé dans toutes les législations.

Remarquons enfin que parfois l'avant-contrat de vente, qui se présente sous la forme d'un contrat accessoire, est en réalité le motif de toute l'opération. Tel sera par exemple souvent le cas de la location d'une maison de campagne, avec promesse de vente à l'expiration du bail. Le seul but du propriétaire est d'arriver à la vente de son bien ; le loyer stipulé peut n'être pas rémunérateur et représenter seulement pour lui un amortissement des

(1) Cf. *suprà*, p. 49, un exemple de promesse de vente rendue caduque par la résiliation du bail auquel elle est adjointe. Cass., 22 janvier 1868, D. 68.1.170.

frais ; mais il espère que la constatation des avantages de la propriété et les habitudes prises amèneront le locataire à conclure l'achat. Le locataire, de son côté, ne cherche pas à louer, mais à se rendre compte des avantages et des inconvénients de la vente projetée. Quoique juridiquement adjointe à un contrat de bail, la promesse de vente est donc ici économiquement l'essentiel pour les deux parties.

§ 2. — Promesse d'achat.

La promesse d'achat est l'opération exactement inverse de la promesse de vente. C'est un avant-contrat d'où émane une offre d'achat obligatoire pour l'offrant, qui par la simple acceptation du vendeur se transformera en contrat de vente. D'une façon générale des règles identiques à celles qui régissent l'avant-contrat de vente lui seront donc applicables.

Cependant certaines différences sont inévitables du fait que l'auteur de l'offre est ici l'acheteur, tandis que le vendeur, bénéficiaire de l'opération, a réservé sa décision. Ainsi dans la promesse de vente, au cas de perte totale de l'objet du contrat, les risques sont pour le vendeur ; il en sera de même s'il y a promesse d'achat : le vendeur ne peut exiger de l'acheteur conclusion d'un contrat qui n'a désormais plus d'objet. Au cas de perte partielle, nous avons refusé à l'acheteur éventuel, dans l'hypothèse d'un avant-contrat de vente, le droit de demander réduction du prix stipulé, parce qu'il est suffisamment protégé par

son droit de ne pas conclure le contrat définitif. Il serait inadmissible au contraire que, dans le même cas, le bénéficiaire d'une promesse d'achat pût exiger du promettant conclusion de l'achat aux conditions stipulées. Il n'y a pas cependant ici défaut d'objet du contrat. Mais admettons que la vente soit conclue sur adhésion du vendeur ; les règles ordinaires de la vente s'appliqueront alors. Or le cas de vente d'une chose qui, au moment de la conclusion du contrat, est entièrement ou partiellement périe à l'insu des parties est régi par l'article 1601 ; au cas de perte partielle, dit cet article, « il est au choix de l'acquéreur d'abandonner la vente ou de demander la partie conservée en faisant déterminer le prix par la ventilation ». Sans doute, dans le cas que nous examinons, l'acheteur savait lors de la conclusion du contrat qu'une partie de la chose était périe ; mais au moment où son consentement avait été donné, la chose était encore intacte. Il est donc légitime d'appliquer par analogie dans cette hypothèse l'article 1601 (1).

L'utilité économique de la promesse d'achat est beaucoup plus restreinte que celle de la promesse de vente.

Pothier (2) en donnait comme exemple les enchères faites dans les licitations. Mais c'était là une erreur : l'enchère est l'acceptation d'une offre de vendre à qui propo-

(1) Cf. en ce sens Laurent, t. 24, n° 20. — Mais Laurent s'appuie surtout sur l'idée que celui qui retire les avantages du contrat, doit en supporter les risques, idée que nous avons rejetée dans les applications qu'on en voudrait faire aux avant-contrats. Cf. *supra*, p. 115.

(2) Pothier, *De la vente*, n° 489.

sera le plus haut prix, offre contenue dans la mise aux enchères. L'émission d'une enchère est donc la conclusion d'un contrat définitif, pour lequel l'adhésion du vendeur est inutile, mais qui est subordonné à cette condition résolutoire qu'une enchère supérieure ne sera pas émise ensuite ; l'adjudication est seulement la constatation que le délai pendant lequel le contrat pouvait être résolu est expiré, et que par suite l'accord intervenu est devenu définitif.

L'article 456 du nouveau Code civil allemand donne cependant de la vente aux enchères une théorie différente, qui se rapproche beaucoup de celle de Pothier : « Dans une vente aux enchères le contrat n'est formé que par l'adjudication prononcée. Une enchère s'éteint dès qu'une surenchère est émise, ou lorsque la vente aux enchères se clôt sans que l'adjudication ait été attribuée. » Dans ce système la mise en adjudication n'est plus qu'une *invitatio ad offerendum* ; l'offre est constituée par l'enchère et émane donc de l'acheteur ; le vendeur est toujours libre de ne pas l'accepter, et l'adjudication au lieu d'être la constatation d'un accord antérieur est l'acte même de conclusion du contrat. Cependant même ici l'émission de l'enchère n'est pas une promesse d'achat : le vendeur n'en a pas pris acte ; il y a donc offre unilatérale d'achat et non avant-contrat (1).

(1) Nous avons vu il est vrai que, dans la théorie allemande, l'offre unilatérale était tout proche de l'offre contractuelle.

Par contre il y a certainement avant-contrat d'achat au cas de vente par un mandataire sous réserve de ratification par son mandant. Par la seule acceptation du vendeur la promesse d'achat se transformera en vente ; mais dès le moment où son engagement a été contracté, l'acheteur est obligé purement et simplement ; aucun droit de dédit ne résulte pour lui de ce que le vendeur peut ne pas ratifier le contrat conclu par son représentant. « L'offre d'acheter constitue ici un contrat unilatéral suivant la définition de l'article 1103, qui, quand, comme dans la cause, il réunit les quatre conditions de l'article 1108, oblige celui qui l'a contracté, dans les limites assignées par lui à son engagement (1). » « Une promesse d'achat, dont il a été régulièrement pris acte, oblige celui qui l'a faite. alors même que la partie envers laquelle il est contracté ne s'est point obligée à vendre et que la réalisation du contrat est subordonnée à sa volonté ; l'auteur de la promesse est lié par elle et ne peut la révoquer (2). » L'article 1174 invoqué dans

(1) Nancy, 15 mai 1869, S. 69.2.179.

(2) Il s'agissait du bulletin de souscription à un exemplaire du dictionnaire Larousse remis au commissionnaire voyageant pour la maison Larousse. Le souscripteur, voulant faire annuler sa souscription, prétendait que le commissionnaire ne traitait que sous réserve de ratification par sa librairie, thèse qui fut admise par un jugement du tribunal de Sidi-bel-Abbès du 1^{er} mai 1894 ; mais le tribunal en avait conclu que le souscripteur ayant écrit à la librairie pour demander annulation de sa souscription, avant que le commis-voyageur fût revenu, c'est-à-dire avant que la promesse d'achat eût été acceptée, cette promesse avait été révoquée et par suite ne pouvait plus être valablement acceptée. C'est ce système absolument erroné qui motiva l'arrêt de cassation du 25 novembre 1896, D. 97.1.54, formulé dans les termes rapportés plus

une affaire similaire par l'auteur de la promesse d'achat est inapplicable aux avant-contrats (1).

Il y a de même des exemples d'avant-contrat d'achat, adjoint à une vente, avec pour débiteur de la promesse d'achat le vendeur primitif et pour bénéficiaire l'acheteur primitif. C'est là, à proprement parler, une promesse de rachat ; mais tandis que la promesse de revente est, sous le titre de vente à réméré, l'objet d'une réglementation législative qui lui enlève son caractère naturel d'avant-contrat de vente, la promesse de rachat reste soumise au droit commun, et doit être traitée par conséquent comme un avant-contrat d'achat ordinaire, sans que la qualité de contractants antérieurs en sens inverse qui appartient aux parties, modifie sa nature. L'avant-contrat d'achat apparaît ici comme un moyen de déterminer un acheteur à

haut.

C'est sans aucun fondement que les rédacteurs du nouveau *Code civil annoté* de Dalloz ont voulu s'appuyer sur cet arrêt pour voir d'une façon générale dans la souscription à une publication périodique une promesse d'achat. Il n'est pas permis de conclure de ce que les numéros de la publication ne doivent paraître que dans l'avenir qu'il n'y a que promesse d'achat. La vente d'une chose future est une vente sous condition que la chose viendra à exister, et non pas une simple promesse d'achat doublée d'une promesse de vente.

Le répertoire des *Pandectes belges* est du reste tombé à propos de la souscription à un ouvrage de librairie dans une autre erreur ; il y veut voir une promesse synallagmatique de vente. Nous avons suffisamment démontré l'inanité de ce concept. La vérité est qu'il n'y a aucune différence entre la souscription à un ouvrage de librairie et une vente à terme quelconque.

(1) Paris, 4 avril 1878, confirmé en Cassation, 11 mars 1879, D. 84. 1.34.

conclure une vente, en lui garantissant la possibilité de reprendre dans l'avenir la libre disposition de son capital (1).

§ 3. — Pacte de préférence.

Le pacte de préférence est la convention par laquelle l'une des parties s'engage envers l'autre à ne pas vendre à un autre qu'à elle une chose donnée, si elle est disposée à l'acheter aux conditions acceptées par un tiers.

Il diffère de la promesse de vente ordinaire en ce que le vendeur éventuel ne se place pas à la discrétion de l'acheteur éventuel ; le pacte de préférence ne produira d'effets qu'au cas où celui qui l'a souscrit se sera décidé librement à vendre. Il engendre un droit de préemption en cas de vente, mais non un droit d'achat.

Au premier abord il semble que le pacte de préférence soit vicié par une double condition potestative (2) ; ni l'acheteur, ni le vendeur n'ont contracté d'obligation ferme. En réalité, c'est, ce qui est très différent, un avant-contrat ordinaire sous condition potestative. Les engagements des deux parties sont affectés de conditions potestatives, mais successivement et non de façon concomi-

(1) Nous en avons cité un exemple intéressant. Cf. *suprà*, p. 47. Trib. comm. Nîmes, 15 février 1871 et Cour de Nîmes, 6 juin 1871, D. 72.2.21.

(2) Ici encore on a soutenu que cette condition ne rendait pas l'obligation nulle parce que simplement potestative et non purement potestative. Il est certain en effet que le propriétaire sera conduit à vendre ou par un besoin d'argent ou par les fluctuations de valeur de sa chose. Mais si l'article 1174 ne s'applique pas à de semblables conditions, il ne s'appliquera jamais. Nous avons suffisamment insisté sur ce sujet pour n'avoir pas à y revenir. Cf. *suprà*, p. 34.

tante. Sans doute le vendeur s'est réservé le droit de vendre ou non à son gré ; mais pendant la période où sa décision est encore en suspens, l'avant-contrat n'existe pas ; son bénéficiaire n'a encore aucun droit actuel d'achat. C'est seulement quand le vendeur aura conclu à un prix donné avec un tiers acheteur que, sa décision étant désormais irrévocable, nulle condition potestative de sa part n'affectant plus l'avant-contrat, celui-ci produira des effets actuels. Il y aura alors un avant-contrat ordinaire ; le vendeur est débiteur d'une obligation ferme, l'acheteur peut à son gré faire naître ou non le contrat synallagmatique. La seule particularité, toute apparente du reste, est l'existence d'un contrat de même objet passé avec un tiers ; par là le droit du bénéficiaire de l'avant-contrat sera rapidement éteint, s'il ne l'exerce pas.

Le prix auquel la chose pourra être achetée par le bénéficiaire du pacte de préférence peut être stipulé dans ce pacte ; il y aurait là une convention parfaitement valable ; le bénéficiaire du pacte de préférence pourrait alors exercer son droit de préemption à ce prix, quel que soit du reste le prix stipulé dans le contrat passé avec un tiers. Du reste, en ce cas, cet autre contrat ne serait pas nécessaire. Le propriétaire pourrait simplement prévenir le bénéficiaire du pacte de préférence de son intention de vendre, quitte en cas de refus de sa part à chercher un tiers acquéreur.

Mais ce n'est pas ainsi que sont en pratique rédigés les pactes de préférence. Le prix n'y est pas fixé ; il sera égal

à la somme offerte par le tiers acheteur. Le vendeur profitera ainsi des dépenses ou améliorations faites et de la plus-value naturelle acquise par l'immeuble, et réciproquement supportera la moins-value résultant de dépréciation naturelle ou d'absence d'entretien de sa part. Le pacte de préférence apparaît donc comme une convention moins aléatoire qu'un avant-contrat habituel. Du reste la règle que nous avons posée pour tous les avant-contrats, en vertu de laquelle le prix auquel sera conclu le contrat définitif doit être fixé dans l'avant-contrat, n'est pas violée ici. Au moment où, par la disparition de la condition dont il était grevé, l'avant-contrat devient susceptible de produire des effets, le prix est fixé par la convention conclue entre le promettant et le tiers.

Les effets du pacte de préférence, lorsque le promettant s'est décidé à vendre, sont ceux d'un avant-contrat de vente ordinaire. Pas plus qu'au cas de promesse de vente simple, il n'y a droit réel au profit du bénéficiaire de l'avant-contrat ; si le tiers acheteur est de bonne foi, le dit bénéficiaire sera donc réduit à une action en dommages-intérêts contre le vendeur ; mais il pourra se substituer au tiers acheteur de mauvaise foi quand bien même il n'aurait pas été prévenu de la vente (1).

En principe le vendeur ne doit contracter avec un tiers que sous la condition résolutoire que le bénéficiaire du pacte de préférence n'utilisera pas de son droit ; puis il fera

(1) Cf. Toulouse, 17 mai 1880, S. 80.2.322 ; Limoges, 5 juin 1899, S. 01.2.113 ; Cass., 15 avril 1902, S. 02.1.316.

à ce bénéficiaire une offre de substitution dans les droits de son acheteur, offre qui devra être acceptée, sous peine de déchéance, dans les délais fixés par le pacte de préférence ou sinon dans les délais normaux. En cas d'acceptation de l'offre, le contrat sera immédiatement conclu par cette acceptation, aux conditions fixées entre le vendeur et le tiers acheteur, et à la date de la conclusion intervenue entre eux ; il n'y a pas seconde vente, mais seulement substitution d'un nouvel acheteur à l'ancien : il n'est donc pas dû de nouveau droit de mutation.

Très fréquemment le pacte de préférence sera pacte adjoint à une vente, stipulé en faveur du vendeur, pour l'hypothèse où l'acheteur se déciderait à revendre ; mais ce cas ne comporte pas de règles spéciales.

Le Code allemand a longuement réglementé le pacte de préférence adjoint à une vente sous le nom de droit de préemption (II, 7, § 504 à 514). C'est en effet là un cas de droit de préemption d'origine contractuelle, comme l'article 841 du Code civil français en réglemente un d'origine légale, comme il pourrait également en résulter d'un testament.

Les dispositions du Code allemand sont, sauf sur un point, conformes aux règles posées par nous. Le droit de préférence s'exerce par voie de déclaration à l'obligé ; cette déclaration peut être faite dès que l'obligé a conclu avec un tiers un contrat de vente sur l'objet ; la vente est alors réalisée entre l'ayant-droit et le tiers, conformé-

ment aux dispositions arrêtées entre l'obligé et le tiers ; toute convention contraire entre l'obligé et le tiers resterait inefficace. L'obligé et le tiers sont tenus de communiquer sans retard à l'ayant-droit le contenu du contrat passé entre eux ; le droit de préemption peut être exercé pendant deux mois à dater de cette communication s'il s'agit d'un fonds, pendant une semaine s'il s'agit d'un autre objet. Le droit de préemption disparaît quand la vente s'effectue par voie d'exécution forcée ou après faillite.

Toutes ces dispositions sont une très exacte application des principes ; il est regrettable que le paragraphe 514 décide que le droit de préemption n'est ni cessible, ni transmissible. Comme nous l'avons montré d'une façon générale pour tous les avant-contrats (1), il n'y a à cela aucune bonne raison. Le même paragraphe admet, il est vrai, la possibilité d'une clause contraire et la présume quand l'exercice du droit de préemption est restreint dans un délai déterminé. Quoi qu'il en soit, il y a là une décision fâcheuse ; la jurisprudence est du reste fixée en France en sens inverse (2).

(1) Cf. *suprà*, p. 102 et suiv.

(2) « Tous les droits étant cessibles, si celui qui a consenti un pacte de préférence veut en faire une faveur exclusivement attachée à la personne, il doit le formuler nettement dans l'acte. » Limoges, 5 juin 1899, S. 01.2 113, confirmé en Cassation, 15 avril 1902, S. 02.1.316. — Le Code autrichien, article 1072, décidait déjà comme le paragraphe 514 du Code allemand.

§ 4. — Pacte de rachat.

Le *pactum de retrovendendo* existait déjà à Rome.

Mais, dans notre Code civil, le nom de « faculté de rachat » ne correspond plus à la réalité des faits. D'après les articles 1659 à 1673, lorsqu'il est fait usage de la faculté de rachat, il y a simple réalisation d'une condition résolutoire potestative, avec les effets habituels de la condition, c'est-à-dire rétroactivité même vis-à-vis des tiers de bonne foi, et non pas conclusion d'une nouvelle vente, où cette fois le vendeur primitif jouerait le rôle d'acheteur. *Est distractus potius quam contractus*. En législation française le pacte de rachat n'est donc pas un avant-contrat.

La jurisprudence ne peut que suivre les règles formelles de notre Code. Celles-ci ont été inspirées par une pensée de défaveur contre les acheteurs à réméré. Le plus souvent les parties indiquent comme étant le prix de la première vente, et comme devant être par suite celui de la seconde, un prix notablement supérieur à la somme effectivement versée ; l'opération dissimule ainsi un prêt sur gage usuraire. Les rédacteurs du Code n'ont pas voulu que, par des actes accomplis pendant la période de suspension du droit, l'acheteur, qui réalise déjà un bénéfice illicite, pût en outre se soustraire à l'exercice du réméré ; ils y sont parvenus par la fiction de la rétroactivité de la condition, et en sacrifiant les tiers.

Mais, abstraction faite des résultats économiques habi-

tuels du pacte de rachat et à un point de vue théorique, les solutions de notre Code civil sont très critiquables. Il n'y a pas en réalité de différence entre la promesse qu'un acheteur fait à son vendeur de lui restituer une chose sur sa demande pendant un certain délai, et la promesse qu'un individu quelconque fait à un autre qui n'a jamais été son co-contractant, de lui vendre une chose donnée sur sa demande pendant un certain délai. Sans doute un autre contrat est conclu en même temps entre les mêmes parties, mais nous avons vu que l'avant-contrat était très généralement contrat accessoire à un autre contrat. Ce qui donne l'illusion de l'existence d'une simple condition résolutoire, c'est l'identité d'objet entre l'avant-contrat accessoire et le contrat principal primitif, avec simple interversion des rôles des contractants, de sorte que si l'avant-contrat se transforme en contrat définitif, après conclusion de ce second contrat, les parties seront précisément ramenées à la situation qu'elles avaient avant conclusion du premier contrat. Mais s'en suit-il qu'il soit juste d'effacer toutes les opérations faites ? Supposons que X. vende une maison à Y., puis que, quelques années plus tard, Y. revende la même maison à X. pour le même prix ; les choses seront dans le même état que si X. était toujours resté propriétaire, et cependant il y a eu entre X. et Y. deux ventes passées sur cet immeuble. Nul n'aura l'idée ici de parler de condition résolutoire. Le fait que, lorsqu'il y a vente à réméré, les conditions de la seconde vente possible sont fixées dans la première ne doit pas nous induire en erreur.

Deux contrats sont conclus simultanément entre les mêmes parties sur le même objet ; une vente ferme, et un avant-contrat de revente ; il y a peut-être un lien économique entre les deux opérations ; mais il n'y a pas de lien juridique (1).

Du reste certaines législations étrangères se sont considérablement écartées de la théorie de notre Code civil.

Le Code civil révisé du canton de Zurich dispose, en son article 454 : « Le rachat est une seconde vente, qui se règle d'après la première, mais qui ne fait pas que celle-ci soit non avenue. » Le mot de rachat est ici l'expression exacte du système de la loi ; le rachat apparaît comme un contrat définitif, qui peut être conclu au gré du créancier de l'avant-contrat, et produira les effets stipulés dans cet avant-contrat inclus dans la vente primitive.

Sauf stipulation contraire, le prix sera celui payé lors de la première vente (art. 453), sous ces réserves que le vendeur à réméré doit compte de la plus-value venant du fait de l'acheteur, et l'acheteur de la diminution de valeur résultant de son dol ou de sa faute grave (art. 455) Il n'y a rien dans cette disposition de contraire à l'essence de l'avant-contrat, quoiqu'en général le prix qui y est fixé ne subisse pas le contre-coup des variations de valeur de la

(1) Du reste les règles du Code civil ne s'appliqueraient pas s'il y avait promesse de revente signée postérieurement à la conclusion de la vente, entre les mêmes parties. Il faudrait voir là un contrat de vente soumis aux règles habituelles.

chose ; nous avons vu que le jeu normal du pacte de préférence aboutissait aux mêmes conséquences que cet article du Code de Zurich, et les parties pourraient certainement insérer volontairement dans tout avant-contrat de semblables clauses.

Le droit de réméré s'éteint par dix ans à dater de la vente primitive (art. 457). Il ne produit habituellement que les effets d'un droit personnel ; mais après constatation par acte de chancellerie, il acquerrait la valeur d'un droit réel (art. 457, al. 2). Cette dernière disposition institue un droit analogue au droit de prénotation, reconnu pour tous les droits éventuels par l'article 883 du Code allemand, et dont nous avons préconisé l'admission législative en France.

Sur un seul point, le Code de Zurich s'écarte des règles que nous avons déterminées pour les avant-contrats ; il n'admet pas que les héritiers du vendeur puissent faire usage du droit de réméré. Nous renvoyons à ce sujet aux critiques que nous avons formulées contre ceux qui voudraient faire du droit éventuel un droit exclusivement attaché à la personne (1).

Les rédacteurs du Code civil allemand semblent avoir voulu éviter de se prononcer sur la nature théorique du pacte de réméré. La plupart des solutions qu'ils ont don-

(1) Cf. *suprà*, p. 104. — D'autres législations cantonales suisses ont suivi à peu près les mêmes règles que le Code de Zurich ; ainsi le Code des Grisons définit l'exercice du réméré une « réacquisition de la chose par achat » (*Käuflich an sich wieder zu ziehen*).

nées peuvent se concilier avec le concept d'avant-contrat.

Ainsi lorsqu'avant l'exercice de la faculté de réméré l'objet vendu a été détérioré ou perdu, ou lorsque sa restitution est devenue impossible par la faute de l'acheteur à réméré, celui-ci doit des dommages-intérêts ; lorsqu'il n'y a pas eu faute de sa part, le vendeur à réméré ne peut exiger diminution du prix de vente (§ 498). Lorsque l'acheteur à réméré a disposé au profit d'un tiers de la chose vendue, ou que cette chose a été l'objet d'une saisie, il doit, lors de l'exercice du réméré, faire disparaître les droits concédés à des tiers (§ 499) ; obligation qui équivaut à l'obligation de dommages-intérêts que nous avons reconnue en ce cas, qui peut même être plus lourde, si le tiers exige une somme supérieure à celle représentant la valeur réelle de la chose.

Au cas où le prix, au lieu d'être fixé à l'avance, doit être estimé par experts lors de l'exercice du réméré, ce prix est déterminé suivant l'état des choses, sans tenir compte des dépenses faites, ni des détériorations subies, solution que nous avons également admise pour tous les avant-contrats (§ 504).

Le délai d'exercice du réméré est fixé à 30 ans pour les immeubles et à 3 ans pour les meubles, à moins que les parties n'aient spécifié un délai plus court (§ 503).

Sur un seul point, nous ne saurions, en partant de l'idée que le pacte de rachat est un avant-contrat, admettre les solutions du Code allemand. Il décide que l'acheteur à réméré peut exiger le remboursement des dépenses faites

par lui, dans la mesure de la plus-value qu'elles ont procurée à la chose (§ 500). Cette solution est probablement inspirée de celle analogue adoptée pour le possesseur (§ 996). Mais l'assimilation est fâcheuse ; elle donne à l'acheteur soumis à l'exercice éventuel d'une action en rachat, un moyen d'entraver cet exercice ; le droit d'enlever les installations dont il a pourvu la chose à restituer accordé à l'acheteur à réméré par le même article aurait dû suffire.

Remarquons cependant que dans le Code civil français, où la vente à réméré est traitée comme une vente conditionnelle, le vendeur exerçant la faculté de rachat doit rembourser non seulement les impenses qui ont produit une plus-value, mais même les dépenses nécessaires qui ont seulement conservé à la chose son intégrité (art. 1673), et qu'il n'est pas tenu de payer dans le système du Code allemand. Or si cette obligation nous semble inconciliable avec les principes de l'avant-contrat, elle l'est *a fortiori* avec ceux de la vente conditionnelle.

§ 5. — Vente à déguster et à l'essai (1).

La vente à déguster et la vente à l'essai sont l'une et l'autre une vente sous réserve d'agrément par l'acheteur. Ce sont deux variétés d'un même contrat, la vente à déguster étant l'application de la vente à l'essai aux choses qui s'essaient par le goût.

(1) Les commentateurs du Code civil français traitent de la question sous les articles 1587 et 1588. En Allemagne un important mouvement doctrinal s'est produit à la suite du long article de Goldschmidt,

Cependant la rédaction de notre Code civil commande l'idée de deux opérations différentes. Article 1587 : « A l'égard du vin, de l'huile et des autres choses que l'on est dans l'usage de goûter avant d'en faire l'achat, il n'y a point de vente tant que l'acheteur ne les a point goûtées et agréées. » Article 1588 : « La vente faite à l'essai est toujours présumée faite sous une condition suspensive. »

Le Code semble avoir vu dans la vente à goûter une promesse unilatérale de vente. Il n'y a pas de vente, nous dit l'article 1587, excluant par là toute idée de vente conditionnelle. Les deux parties sont d'accord sur la chose qui sera objet du contrat et sur le prix ; l'une d'elles a fait une offre de vente ; l'autre en a pris acte et se réserve d'y adhérer ou non, suivant qu'elle jugera ou non la chose à sa convenance. Nous sommes donc bien en présence d'un avant-contrat.

Mais pourquoi les rédacteurs du Code ont-ils fait au contraire de la vente à l'essai une vente sous condition ? Si l'acheteur est libre d'agréer ou non la chose après l'essai, il y a là une condition potestative qui transforme précisément le contrat synallagmatique de vente en avant-contrat n'obligeant que le vendeur. Et peut être

Der Kauf auf Probe oder auf Besicht, publié dans *Zeits. f. d. ges. Hand.*, t. I. — Cf. Fitting, *Der Kauf auf Probe und auf Besicht*. *Arch. f. d. ziv. Pr.*, t. 46 ; Fitting, *Zur Lehre vom Kauf auf Probe oder auf Besicht*, *Zeits. f. d. ges. Hand.*, t. II, p. 204 ; Unger, *Zur Lehre vom Kauf auf Probe oder auf Besicht*, *Zeits. f. d. ges. Hand.*, t. III, p. 386 ; Unger, *Kauf auf Probe*. *Ih. Jahrb. f. Dogm.*, t. 25, p. 322 ; Bechmann, *Der Kauf*, t. II, p. 212 ; Walsmann, *Beitrag zur Lehre der Wollensbedingung*, *Ih. Jahrb. f. Dogm.*, t. 54, p. 196, spécial. p. 273 et suiv.

est-ce là le sens de l'article 1588 ? Il est certain que parfois en pratique les parties, en concluant une vente à l'essai, entendent laisser absolument libre la décision de l'acheteur, et signent par conséquent simplement une promesse unilatérale de vente.

Mais les commentateurs (1) pour justifier la rédaction du Code ont voulu voir dans l'hypothèse de 1587 et dans celle de 1588 deux espèces absolument différentes. Au cas de 1587, l'acheteur resterait absolument libre de donner ou non son consentement, il ne saurait y avoir de vente ferme conclue, même sous condition, avant dation de ce consentement ; au cas de 1588 au contraire, l'acheteur n'aurait pas, après l'essai, un droit arbitraire de refus ; si le vendeur estimait les résultats donnés par les essais satisfaisants, il pourrait demander une expertise et faire maintenir judiciairement la vente. L'existence de la vente est donc soumise à un critérium objectif et non plus subjectif ; par suite, il y a dès l'origine vente sous condition, avec rétroactivité possible de la condition. Nous ne trouvons plus chez l'une des parties cette liberté de contracter ou non qui constitue l'avant-contrat.

Cette construction est certainement celle qui répond le mieux aux besoins du commerce. Laisser comme au cas de simple avant-contrat le vendeur exposé au pur caprice de l'acheteur, serait lui imposer des risques beaucoup trop considérables ; la livraison faite pour l'essai par le

(1) Cf. Aubry et Rau, t. V, § 249 ; Laurent, t. 25, § 144 et suiv.

vendeur possible à l'acheteur possible doit logiquement entraîner pour ledit acheteur une obligation beaucoup plus ferme que celle qui résulterait d'un avant-contrat.

Mais il y a exactement les mêmes raisons de décider au cas de vente à goûter. Cela est si vrai que la jurisprudence ne tient presque aucun compte de l'article 1587 ; elle n'admet le droit de refus arbitraire de l'acheteur que dans les cas où, d'après les circonstances, une dégustation est habituelle avant la vente, c'est-à-dire au cas de vente sur place et pour l'usage personnel ; il y aura alors avant-contrat de vente. Au contraire, dès qu'il s'agit de vente à déguster commerciale, ou même de vente pour l'usage personnel, mais après transport, elle décide, comme si l'article 1588 s'appliquait en la matière, qu'il s'agit seulement de savoir si les choses répondent au goût commun déterminé par expertise ; les commerçants ou même les particuliers se faisant expédier à distance sont considérés comme ayant tacitement renoncé à la faculté d'appréciation personnelle que leur réservait l'article 1587 (1).

Une vente à goûter ou à l'essai peut donc être conclue dans deux intentions différentes ; ou bien avec l'idée de réserver à l'acheteur l'entière liberté de son choix, et quand il s'agit de vente à goûter sur place et pour l'usage personnel il faudra présumer qu'il en a été ainsi, ou bien, et il y aura présomption en ce sens dans tous les autres cas, pour laisser à l'acheteur, sous le contrôle d'une ex-

(1) Bordeaux, 23 mai 1894, D. 95.2.76 ; Cass., 20 novembre 1894, S. 97.4.70.

pertise possible, le moyen de reconnaître si l'objet de la vente possède bien les qualités voulues. Dans la première hypothèse, il y aura avant-contrat de vente, dans la seconde, vente sous condition suspensive (1).

Unger (2) a soutenu une théorie intermédiaire ingénieuse, mais inapplicable en pratique. D'après lui les parties entendent bien laisser l'acheteur libre d'agréer ou de refuser la chose, suivant qu'elle lui conviendra ou non, sans que le vendeur puisse lui imposer l'achat après expertise. Il y aurait donc avant-contrat et non vente conditionnelle. Mais l'acheteur n'a pas cependant un droit de refus arbitraire ; il ne s'est réservé la possibilité de ne pas conclure que pour le cas où la chose ne présenterait pas les qualités qu'il cherche ; si elle les possède, il doit conclure, même au cas où il n'y serait plus disposé. Sans doute ces qualités sont librement déterminées par lui ; le vendeur ne pourrait le contraindre à acheter, sous prétexte

(1) Remarquer que le Code présume une vente sous condition suspensive ; si donc l'objet du contrat vient à périr avant l'essai, les risques sont pour le vendeur. Pothier, au contraire, voyait là (*Traité de la vente*, n° 264) une vente sous condition résolutoire, ce qui, en cas de perte avant l'essai, plaçait les risques à la charge de l'acheteur et non plus du vendeur.

La présomption du Code n'est du reste pas irréfragable et les parties pourront toujours décider qu'il y a vente sous condition résolutoire et non sous condition suspensive.

(2) Unger, art. cit., *Zeit. f. d. ges. Hand.*, t. III, p. 407 et suiv. Dans le même sens Brinz, *Pand.*, I, 1^{re} éd., p. 1469. Dans un article postérieur, publié dans *Jh. Jahrb.*, t. XXV, Unger, en présence de l'article 339 du H. G. B. publié dans l'intervalle et des critiques presque unanimes de la doctrine, renonce à défendre l'opinion qu'il avait précédemment soutenue.

qu'en général la chose aurait été jugée satisfaisante ; mais il en aurait le droit s'il était prouvé qu'aux yeux de l'acheteur lui-même elle l'était réellement. Il y a donc avant-contrat unilatéral, puisque l'acheteur n'a encore nullement consenti ; mais il ne conserve ici sa liberté d'appréciation qu'à condition de se placer dans l'état psychologique qui était le sien, lorsque, désireux d'acheter la chose, il a conclu l'avant-contrat.

Mais comment établir que la chose remplit les conditions souhaitées de l'acheteur lorsqu'il a conclu le contrat et n'est refusée par lui que parce qu'il ne veut plus de ce contrat ? Pour que la théorie de Unger pût s'appliquer, il faudrait, ce qui est bien invraisemblable, que l'acheteur déclarât lui-même que la chose a bien toutes les qualités désirables, mais qu'il a changé d'avis.

Sauf ceux directement inspirés du Code Napoléon (1), les Codes étrangers n'ont pas reproduit la distinction arbitraire des articles 1587 et 1588 entre la vente à goûter et la vente à l'essai ; ils ont adopté un système unique pour ces deux variantes de la même opération. Mais ce système est généralement peu cohérent et constitue un mélange des règles de l'avant-contrat et de celles du contrat sous condition résolutoire.

C'est le cas par exemple dans le Code autrichien (articles 1080 à 1082). Si l'acheteur éventuel a payé le prix, il devient propriétaire, mais avec droit de revenir sur la

(1) Ainsi, le Code italien, articles 1452 et 1453.

vente pendant toute la durée de l'essai ; il y a donc vente sous condition résolutoire et non avant-contrat. Mais si le prix n'est pas payé, la propriété reste au vendeur, solution qui semble commander l'idée d'avant-contrat ; et peut-être le fait qu'à l'expiration du délai fixé l'acheteur éventuel devient propriétaire ferme sans déclaration ne prouve-t-il pas qu'il y a vente conditionnelle, puisque nous avons vu que l'offre contenue dans l'avant-contrat pouvait être tacitement acceptée par son destinataire.

Les Codes de commerce espagnol et portugais, le Code du canton de Zurich de 1853 (1), le Code saxon (2), l'ancien Code de commerce allemand qualifient la vente à goûter ou à l'essai de vente sous condition suspensive. Mais peut-être est-ce là une erreur de dénomination, puisque ces différentes législations ne spécifient pas si l'acheteur doit se contenter de choses réunissant telles ou telles qualités, ou s'il garde un droit libre de refus : or toute la question est là.

Ainsi l'article 339 de l'ancien Code de commerce allemand portait : « Un achat à l'examen ou à l'essai est conclu sous la condition dépendant de la volonté de l'acheteur qu'il examinera ou essaiera la marchandise, et l'agréera. Dans le doute, cette condition est suspensive. L'acheteur n'est pas obligé avant d'avoir donné son agrément. » La fin de l'article fait penser à l'expression de

(1) Articles 1392 à 1397 ; les parties gardent le droit de spécifier qu'elles entendent faire une vente sous condition résolutoire.

(2) §§ 1101 et suiv.

notre article 1587 : « il n'y a pas de vente », et évoque beaucoup plus l'idée d'un avant-contrat que d'une vente conditionnelle. La même incertitude se retrouve dans les articles suivants : en effet, lorsque la marchandise n'a pas été livrée, le vendeur est libéré, si, lors de l'expiration du délai d'essai, l'acheteur éventuel n'a pas donné son avis, et ceci s'explique très bien, s'il y a avant-contrat, donnant droit d'acheter pendant un certain délai ; l'offre contenue dans cet avant-contrat tombe à l'arrivée du terme. Mais d'autre part, lorsqu'il y a eu livraison, le silence de l'acheteur jusqu'à l'expiration du délai d'achat vaut agrément, ce qui implique plutôt contrat sous condition résolutoire (1).

Le même flottement se manifeste dans le nouveau Code civil allemand, § 494 : « Le fait d'agréer l'objet reste à la discrétion de l'acheteur. Dans le doute la vente est conclue sous la condition suspensive de cet agrément. » Mais ici la distinction est moins nécessaire, puisque le Code n'a pas admis l'effet rétroactif de la condition (2).

Enfin le Code fédéral des obligations est resté muet sur la qualification qu'il convient de donner à la vente à l'essai. Il serait donc plus facile que dans les législations allemandes d'appliquer les règles de l'avant-contrat. Les solutions positives données par les articles 269 et suivants

(1) Voir cependant, à la page précédente, la remarque que nous avons faite sur une disposition analogue du Code autrichien.

(2) Voir pour la construction de la vente à l'essai sous le régime du nouveau code civil allemand Walsmann, *art. cit. lh. Jahrb. f. Dogm.*, t. 54.

peuvent du reste être facilement acceptées par nous. Ainsi l'article 269 décide que, tant que la chose n'a pas été agréée, le vendeur en reste propriétaire, même si elle est passée entre les mains de l'acheteur. Et le fait que l'acceptation peut s'induire de certains actes de l'acheteur, ou qu'elle résulte de son silence, jusqu'à l'expiration du délai fixé (art. 271), n'est pas, nous l'avons vu, contraire à l'idée d'avant-contrat.

CHAPITRE III

AVANT-CONTRAT DE LOUAGE.

L'avant-contrat de louage n'est prévu ni par la loi française, ni par les lois étrangères. C'est cependant une convention d'une fréquente utilité ; mais elle ne soulève pas plus de difficultés théoriques que la promesse de vente. Les mêmes règles seront applicables dans l'un et l'autre cas.

Une promesse synallagmatique de bail ne serait autre chose qu'un bail définitif à terme, faussement qualifié promesse (1).

La promesse unilatérale de bail au contraire n'obligera que son souscripteur ; le bénéficiaire conclura le bail par son acceptation, à moins que la réalisation du bail ne soit

(1) Ainsi, si un usufruitier, un mari dans la gestion des biens de sa femme, ou un tuteur pour la gestion des biens de son pupille ont consenti une promesse de bail pour une durée supérieure à 9 ans, plus de 3 ans (ou 2 ans) avant l'expiration du bail en cours, promesse devant se transformer en bail à l'époque où la loi leur permettra de le consentir, il y a là, en réalité, bail sous condition résolutoire. Si l'usufruitier, le mari, le tuteur viennent à perdre la jouissance ou l'administration du bien loué, avant l'époque où le nouveau bail pourrait produire ses effets, le contrat restera sans effets. Mais il entrera en vigueur à l'époque où il cesse d'être interdit par la loi, sans nouvelle déclaration de volonté des parties. Cf. *suprà*, p. 53, la discussion d'un arrêt de Caen qui avait à admis à tort qu'il n'y avait en la circonstance que promesse de bail.

devenue impossible par la perte de son objet, ou qu'un autre bail n'ait été consenti depuis la promesse à un tiers de bonne foi ; ce dernier serait alors préféré, même s'il n'était pas encore entré en jouissance. La date certaine ne saurait conférer au bénéficiaire de la promesse le même droit de préférence qu'à un locataire ferme. Remarquons qu'ici la transcription, dont nous avons préconisé l'introduction législative pour les promesses de vente, serait inefficace ; les locataires ne consultent pas les registres des conservateurs d'hypothèques avant de louer, et la transcription des baux de plus de 18 ans a pour but d'éviter une majoration frauduleuse de la durée du bail et non de protéger son auteur contre la possibilité d'une location de même objet à un tiers.

La promesse unilatérale de bail peut obliger soit le bailleur, soit le locataire. Elle correspondra donc suivant les cas à une promesse unilatérale de vente ou à une promesse unilatérale d'achat. Ainsi un propriétaire concédant à un commerçant bail d'une boutique, s'engagera à lui louer également la boutique voisine, s'il le désire ; ou au contraire le locataire prenant à bail une partie d'un immeuble, s'engagera à louer également le local adjacent sur la demande du propriétaire.

D'autre part un pacte de préférence est également concevable ici ; ainsi le propriétaire consentant un bail, s'engagera à donner la préférence à son locataire pour une autre portion de son immeuble, quand elle deviendra vacante.

L'avant-contrat de louage est donc presque toujours, comme l'avant-contrat de vente, un contrat accessoire. Mais, comme pour la vente, un bail pourra être conclu par un mandant sous réserve de ratification par son mandataire. Il y aura alors avant-contrat de bail principal.

Une des clauses les plus fréquentes dans les baux d'immeubles est celle décidant que le bail est fait pour 3, 6 ou 9 ans au choix de l'une des parties ou de toutes deux. Si la résiliation à la fin de chacune des périodes était au choix des deux parties, il y aurait bail ferme pour la première période seulement, et pour les suivantes double offre unilatérale, avec convention d'acceptation tacite de l'offre de l'une des parties par le non-retrait de l'offre de l'autre partie pendant le délai prévu. Si au contraire le locataire seul a droit de résiliation (et le même raisonnement vaudrait dans l'hypothèse inverse où le droit de résiliation appartiendrait au seul bailleur), il y a de la part du propriétaire offre contractuelle, qu'il ne peut par conséquent révoquer, et qui, par cela seul que le bail n'a pas été dénoncé par le locataire avant le délai prévu, se transformera en bail ferme. Le fait que l'offre contractuelle peut être tacitement acceptée, n'est pas contradictoire, nous l'avons vu, avec l'idée d'avant-contrat.³ Mais la convention est moins aléatoire pour son bénéficiaire qu'un avant-contrat ordinaire. En effet, étant déjà locataire actuel de la chose qui lui est promise éventuellement, il protégera presque toujours accessoirement son droit futur en agissant en conservation de son droit présent. Et comme d'autre part

il occupe les lieux loués, le propriétaire, s'il veut concéder à un tiers des droits en contradiction avec les engagements qu'il a déjà pris, ne pourra généralement pas observer les usages établis pour la mise en location des lieux loués. Or cette inobservation des règles normales constituerait le tiers de mauvaise foi, et lui ferait par conséquent préférer le locataire éventuel.

CHAPITRE IV

AVANT-CONTRAT DE PRÊT.

Nous avons longuement recherché s'il y avait encore en droit actuel des contrats réels ; nous ne reviendrons pas ici sur cette discussion. Nous supposons acquis le résultat auquel nous sommes arrivés, c'est-à-dire que la promesse d'effectuer un prêt constitue déjà le contrat de prêt.

L'avant-contrat de prêt ne pourra donc être que le contrat par lequel l'une des parties s'engage à remettre à l'autre sur sa demande une certaine somme à titre de prêt. Mais c'est là une convention courante en pratique, avec adjonction de certaines modalités, sous le nom d'ouverture de crédit. Nous n'avons pas l'intention d'entrer dans l'étude détaillée de l'ouverture de crédit ; nous voudrions seulement indiquer en quelques mots comment la théorie générale de l'avant-contrat aura ici un vaste champ d'application pratique.

L'ouverture de crédit n'est pas un prêt. Le prêteur éventuel ne s'engage pas à prêter une somme d'argent à une époque déterminée, ni l'emprunteur éventuel à toucher cette même somme. C'est un contrat portant règlement des conditions dans lesquelles plusieurs contrats de prêt

pourront être conclus dans l'avenir. Le prêteur signe une offre de remettre des fonds à l'emprunteur jusqu'à concurrence d'une certaine limite. Cette offre est susceptible, d'après la convention des parties, d'être acceptée seulement pour partie, sans que le droit au reste de la somme offerte soit par là éteint. La particularité de l'ouverture de crédit, c'est que l'emprunteur peut rendre tout ou partie de la somme empruntée, et la réemprunter dans la suite, pourvu qu'il ne dépasse pas le maximum fixé ; l'ouverture de crédit contient en quelque sorte une offre indéfiniment renouvelée, pendant tout le temps fixé par le contrat primitif.

Il n'y a rien là de contraire à la nature de l'avant-contrat. L'avant-contrat ne visera le plus souvent qu'un seul contrat à conclure dans l'avenir ; mais rien n'empêche que plusieurs contrats d'exécution puissent être successivement conclus. Ce qui caractérise l'avant-contrat, c'est l'obligation qu'il engendre à la charge de l'une des parties, de conclure un autre contrat, et en même temps l'absence d'un des éléments constitutifs de ce contrat final. Tous ces caractères sont ici réunis.

Vu :

Paris, 7 décembre 1908,
Le Président de la Thèse,
R. SALEILLES.

Vu :

Le Doyen,
LYON-CAEN.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
LIARD.

TABLE DES MATIERES

	Pages
BIBLIOGRAPHIE	v
INTRODUCTION. — La période antécontractuelle. — L'avant-contrat. — Pourquoi peut être conclu un avant-contrat. — La doctrine allemande ; conclusions de Degenkolb ; critique. — Plan. . . .	1

PREMIÈRE PARTIE

Théorie générale de l'avant-contrat.

CHAPITRE PREMIER. — Les <i>pacta de contrahendo</i> en droit romain.	13
§ 1. — <i>Obligation testamentaire de contracter</i> . — Discussion de D. 19.1 de a.e.v.f. 5.pr. et de D. 46.3, de accept., f. 44.	14
§ 2. — <i>Obligation contractuelle de contracter</i> . — Les <i>pacta de vendendo</i> . — Les <i>pacta de mutuando</i> . — Leur existence est- elle incompatible avec la nature réelle du <i>mutum</i> ? — Discus- sion de D. 12.1 de reb. cred. f. 20	20
CHAPITRE II. — L'avant-contrat en droit actuel. — Notion générale.	28
§ 1. — <i>Son objet</i> . — <i>Nature du droit qui en résulte</i> . — Dis- tinction de l'objet et du but final de l'avant-contrat. — Son caractère préparatoire.	
Le droit résultant de l'avant-contrat n'est pas un droit con- ditionnel. — Critique de la notion de condition potestative dans le Code et de la distinction des conditions purement potestatives et des conditions simplement potestatives. — Distinction du contrat synallagmatique sous condition potestative et de l'avant-contrat unilatéral. — Intérêt pratique de la question.	
Le droit résultant de l'avant-contrat n'est ni un droit réel, ni, comme le voudrait la jurisprudence, un droit de créance pur et simple ; c'est un droit éventuel, c'est-à-dire un droit de créance d'efficacité inférieure.	
	38

§ 2. — <i>Détermination du contenu du contrat définitif. — Délai d'exécution.</i> — Le contenu doit être déterminé ou déterminable. — A défaut de délai fixé, application des règles de la prescription. — Cas où la fixation tacite d'un délai résulte des circonstances : promesses de vente adjointes à un bail.	42
§ 3. — <i>Capacité nécessaire.</i> — Il faut la capacité nécessaire pour conclure le contrat définitif. — Exemples.	51
§ 4. — <i>Formes.</i> — La question des avant-contrats aux contrats solennels. — Promesses de mariage et promesses d'adoption. — Que l'on ne saurait admettre la conclusion sans formes de tous les avant-contrats. — Distinction nécessaire suivant la cause pour laquelle la loi exige une solennité. — Applications pratiques : possibilité de l'avant-contrat sans formes pour l'hypothèque et la subrogation conventionnelle consentie par le débiteur ; impossibilité de l'avant-contrat, même solennel, pour le contrat de mariage, la donation et la subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée.	55
CHAPITRE III. — Distinction de l'avant-contrat et de certaines hypothèses analogues.	64
SECTION I. — L'AVANT-CONTRAT ET LA PUNCTATION	64
Valeur de l'écrit portant entente sur certains points d'une convention en préparation. — Code prussien ; Code autrichien ; Code saxon ; Code fédéral des obligations ; paragraphes 154 et 155 du Code allemand ; argument d'analogie en droit français. — Distinction de la punctation et de l'avant-contrat.	
La théorie de la responsabilité précontractuelle. — Substitution de l'entrée en rapports à l'offre, comme moment essentiel de la préparation du contrat. — N'y a-t-il pas à la base de la théorie une idée d'avant-contrat tacite ?	
SECTION II. — L'AVANT-CONTRAT ET LA CONVENTION TENDANT A CONCLUSION D'UN CONTRAT DANS UNE FORME DONNÉE.	79
Les trois sens possibles de la convention.	
Théorie de Degenkolb : valeur dispositive de la convention reproductrice d'un contrat antérieur. — Critique.	
Cas où les parties ont stipulé qu'il serait procédé à la rédaction solennelle du contrat avant son exécution. — Que là aussi il ne saurait y avoir avant-contrat. — Jurisprudence	

CHAPITRE IV. — Effets de l'avant-contrat. 91

SECTION I. — EFFETS DE L'AVANT-CONTRAT AVANT QUE LE STIPULANT AIT DÉCLARÉ SA VOLONTÉ DE CONCLURE LE CONTRAT DÉFINITIF 91

§ 1. — *Droits du stipulant vis-à-vis du promettant.* — I. Cas où le stipulant est exposé à ne plus pouvoir utilement exercer les droits qui lui ont été concédés. — A. Perte matérielle totale ou partielle. — B. Changements accomplis par le propriétaire. — C. Transmission de l'objet du contrat futur à un tiers.

II. Le stipulant peut-il agir contre le promettant pour préserver son droit resté éventuel ? Solution négative. 94

§ 2. — *Transmission du droit du stipulant entre vifs ou par décès.* — La personnalité du bénéficiaire n'est pas un élément essentiel de l'avant-contrat. — Mais la cession de dettes est interdite en droit français. — Utilité de la transmissibilité de la partie active du droit.

Droit de transmission totale par décès. 102

SECTION II. — EFFETS DE L'AVANT-CONTRAT LORSQUE LE STIPULANT DÉCLARE QU'IL ENTEND CONCLURE LE CONTRAT DÉFINITIF. . . . 107

Conclusion normale du contrat définitif. 107

§ 1. — *Impossibilité d'exécution résultant de la perte totale ou partielle de l'objet du contrat.* — *Effets des changements ou améliorations opérés par le propriétaire* 109

Perte totale. — Dommages-intérêts en cas de faute ou négligence du promettant. — Perte partielle ; moins-value naturelle. — Cas où le prix doit être fixé par experts. — Pas de diminution du prix, mais action en dommages-intérêts en cas de faute du promettant

Plus-value naturelle. — Possibilité de l'action en rescision pour lésion. — Impenses du promettant. — Comparaison avec le cas d'usufruit. — Impenses nécessaires. 109

§ 2. — *Impossibilité d'exécution par suite de transmission à un tiers de l'objet du contrat.* 121

I. — Qui doit être préféré du créancier de l'avant-contrat et du tiers ?

A. — Cas de transmission volontaire. — Distinction du cas où le tiers a été de bonne foi et de celui où il a été de

mauvaise foi. — La transcription du droit éventuel est-elle possible ? Quels seraient ses effets ?

B. — Cas de transmission forcée : expropriation pour cause d'utilité publique ; saisie.

II. — Recours de l'évincé contre le débiteur de l'avant-contrat 124

§ 3. — *Refus du promettant basé sur un changement dans la situation du stipulant ou dans la sienne propre*

Le promettant, qui deviendra créancier par la conclusion du contrat définitif, est-il réduit à invoquer les dispositions prises par la loi pour protéger les parties d'un contrat synallagmatique ? Que la situation est très différente au cas d'avant-contrat de ce qu'elle est dans un contrat ordinaire.

La *clausula rebus sic stantibus* dans les législations allemandes : Code prussien, Code fédéral des obligations, Code civil allemand, Code saxon, Code autrichien.

La situation en droit français. *Quid* en cas de faillite ? 131

§ 4. — *Résistance injustifiée du promettant*. — Interprétation de l'article 1142. — Solution de Pothier et du Code de procédure allemand : faire conclure le contrat par autorité de justice

Solution préférable : le contrat définitif est conclu par la seule déclaration du stipulant — En ce sens la jurisprudence admet l'acceptation tacite de la promesse de vente. — Il y a en somme acceptation d'une offre contractuelle.

Comparaison avec le cas d'offre unilatérale.

Principes de la théorie de l'offre. — Déviation au cas d'offre accompagnée d'un délai. — Différences subsistant dans la théorie française entre l'offre résultant d'un avant-contrat et l'offre unilatérale.

L'offre unilatérale créatrice d'obligations en droit allemand.

— Comparaison avec l'offre résultant d'un avant-contrat . . . 146

CHAPITRE V. — **Caractère unilatéral de l'avant-contrat.**

— **L'avant-contrat et les contrats réels**

§ 1. — *Peut-il y avoir avant-contrat synallagmatique à un contrat consensuel ?* 163

L'article 1589. — Théorie de Marcadé. — Théorie et exemples de Degenkolb. — Réfutation. — Impossibilité de l'avant-contrat synallagmatique à un contrat consensuel.

La promesse de vente avec arrhes. — Essai d'explication de l'article 1590. — En réalité cet article vise un cas de vente sous condition résolutoire	163
§ 2. — <i>L'avant-contrat et les contrats réels</i>	175
Différence fondamentale du droit romain et du droit moderne. — Fréquence de l'avant-contrat s'il y a des contrats réels en droit moderne.	
La théorie classique du contrat réel. — Sa consécration législative : Codes français, autrichien, saxon.	
Critique : le soit-disant avant-contrat consensuel unilatéral est en réalité le contrat synallagmatique unique. — En ce sens : Code fédéral des obligations.	
Intérêts pratiques de la question. — Prêt à intérêt : comparaison avec le louage. — La question des dommages-intérêts en cas de refus de l'emprunteur. — Solutions préférables dans la théorie du contrat synallagmatique au cas de compensation, de cession de créance, de saisie, de non-paiement des intérêts, et pour la théorie des risques.	
Dépôt et commodat : effets de la gratuité. — Le contrat consensuel obligeant à la prestation réelle est cependant obligatoire. — Critique des théories de Schlossman et de Unger. — Gage : le droit réel existe entre les parties avant remise.	
Conclusion : il n'y a plus en droit français de contrats réels. — Cependant un avant-contrat tendant à conclusion d'un des contrats dits réels peut être conclu. — Il en sera fréquemment ainsi pour le prêt à intérêt.	175
§ 3. — <i>Seuls cas possibles d'avant-contrat synallagmatique</i> . —	
L'avant-contrat tendant à constitution d'une hypothèque, ou à subrogation conventionnelle par le débiteur	207
CHAPITRE VI. — Le contrat définitif	209
Cas où le contrat n'est pas le produit de la libre volonté des contractants. — Moment de la conclusion du contrat définitif. — Absence de caractères spéciaux au contrat définitif.	
	209

DEUXIÈME PARTIE

Applications pratiques de la théorie de l'avant-contrat.

But de cette partie. 213

CHAPITRE PREMIER. — Des fiançailles

Leur caractère contractuel dans l'ancien droit français. —
Le Code civil les a passées sous silence.

Jurisprudence actuelle : octroi de dommages-intérêts pour
non-exécution des promesses de mariage. — Critique de cette
jurisprudence au point de vue des textes du Code. — Essai
de justification de la jurisprudence par la théorie de la res-
ponsabilité précontractuelle.

Législations étrangères : Code prussien, Code allemand,
législations cantonales suisses, nouveau Code civil suisse . . 215

CHAPITRE II. — Avant-contrat de vente. 227

§ 1. — *Promesse unilatérale de vente*. — Sens réel de l'ar-
ticle 1589. — Emploi de la promesse unilatérale de vente
comme contrat principal, — comme contrat accessoire . . . 227

§ 2. — *Promesse d'achat*. — Application des règles de la pro-
messe de vente ; différences résultant du renversement du
rôle des parties. — Utilité économique de la promesse d'achat.
— Vente aux enchères. — Vente par un mandataire sous
réserve de ratification par son mandant. — Promesse de
rachat. 230

§ 3. — *Pacte de préférence*. — C'est un avant-contrat sous
condition potestative. — Fonctionnement pratique. — Effets.
— Le pacte de préférence en droit allemand. 235

§ 4. — *Pacte de rachat*. — Traitement dans le Code civil ; criti-
que. — Code civil révisé de Zurich, code allemand 240

§ 5. — *Vente à goûter et à l'essai*. — Différence de rédaction
des articles 1587 et 1588 ; jurisprudence. — Les deux sens
possibles de la vente à goûter. — Législations étrangères . . 245

CHAPITRE III. — Avant-contrat de louage. 254

CHAPITRE IV. — Avant-contrat de prêt 258

Imp. J. Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne).
